



## 저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

# 불안의 항변권의 연구

2018년 8월

서울대학교 대학원

법 학 과

양 승 우

# 불안의 항변권의 연구

지도교수 김 형 석

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함  
2018년 4월

서울대학교 대학원  
법 학 과  
양 승 우

양 승 우의 법학석사 학위논문을 인준함  
2018년 6월

위 원 장 최 영 경



부위원장 최 준 규



위 원 김 형 석



## 국 문 초 록

쌍무계약의 선이행의무자는 상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유, 즉 이행곤란사유가 있는 때 민법 제536조 제2항에 의하여 자신의 채무이행을 거절할 수 있다. 이를 불안의 항변권이라 한다. 독일민법, 스위스채무법, 미국 통일상법전(UCC), CISG, PICC, PECL, DCFR 등도 이와 유사한 이행거절권능을 정하고 있다.

불안의 항변권은 선이행의무자에게 계약관계로부터 완전히 이탈하지는 않으면서도 반대급부의 이행곤란사유가 소멸할 때까지 일시적으로 의무이행을 거절할 권능을 부여함으로써 선이행의무자를 보호하고 계약관계가 파탄에 이르는 것을 방지하는 기능을 한다. 선이행권리자의 파산이나 매수인의 대금지급거절권(민법 제588조) 등과는 적용대상, 요건, 효과의 면에서 다소간 차이가 있다.

불안의 항변권의 이론적 근거로는 민법의 입법 과정에서의 논의와 종래의 통설 모두 사정변경의 원칙을 들고 있으며, 판례 또한 일반론으로서 이는 이에 부합하는 듯한 입장을 보이고 있다. 그러나 쌍무계약의 당사자가 선후이행관계를 약정하였다고 하더라도 여전히 각 당사자의 급부는 ‘받기 위하여 주는’ 관계에 있고 선이행의무자가 반대급부 불이행의 위험을 인수하였다고 할 수는 없는 점, 반대급부 불이행의 위험은 모든 계약에 내재하여 있는 것으로 사정변경의 원칙에서 말하는 ‘사정변경’에 해당하는 것으로 보기 어려운 점 등에 비추어 보면 불안의 항변권과 사정변경의 원칙은 이론적 정합성이 낮다. 불안의 항변권을 인정한 판례의 구체적인 사실관계, CISG에서의 이행정지권에 관한 논의 등을 종합하여 볼 때, 불안의 항변권의 이론적 근거는 쌍무계약의 수정원리로서의 사정변경의 원칙이 아니라 쌍무계약의 본질인 급부의 대가관계와 이에 기초한 위험의 적정한 배분에 있다고 보아야 한다.

불안의 항변권의 법적 성질에 관하여는 동시이행의 항변권에서의 논의

를 동일하게 적용할 수 있다. 실체법상 권리로서의 항변권으로 보는 것이 타당하다.

불안의 항변권의 요건으로는 ① 쌍무계약관계일 것, ② 선이행의무가 존재할 것, ③ 반대급부에 이행곤란사유가 있을 것을 들 수 있다. 선이행의무는 법률의 규정, 계약 또는 급부의 성질, 당사자의 약정 등으로부터 발생할 수 있으며, 특별한 사정이 없는 한 약관에 의한 발생 또한 가능하다. 이행곤란사유는 구 독일민법 제321조와 달리 그 유형이 객관적인 사정에 한정되어 있지 않고 그 발생시점 또한 계약체결 전후를 불문한다고 보아야 하나, 그 정도가 일정한 수준에 이르러야만 불안의 항변권이 발생할 수 있다. 상대방의 귀책사유는 요하지 않는다. 또한 당사자가 반대급부에 관한 특정한 위험을 명시적·묵시적으로 수인하였거나 포괄적으로 항변권을 포기한 경우 불안의 항변권은 발생하지 않는다.

불안의 항변권의 효과로는 ① 이행거절권능, ② 이행지체저지효 및 상계금지효를 들 수 있다. 이행거절권능은 불안의 항변권의 핵심적인 효과에 해당한다. 그러나 불안의 항변권이 발생한 이후 선이행의무를 임의로 이행하였다면 그 반환을 청구할 수는 없으며, 선후이행관계에 있는 쌍무계약이 동시이행관계로 전환되지도 않는다. 다만 일정한 경우 소송에서의 상환이행판결은 가능하다. 이행지체저지효 및 상계금지효는 동시이행의 항변권과 마찬가지로 항변권의 존재 자체로 그와 같은 효과가 발생한다고 봄이 타당하다(존재효과설). 그밖에도 담보요구권 및 계약해제권을 인정하여야 한다는 학설이 있으나, 일부 입법례와 달리 이를 명문으로 규정하지 않은 민법에서 선이행의무자에게 적극적으로 일정한 담보를 요구하거나 계약관계에서 이탈할 권리를 인정하기는 어렵다. 상대방에 대한 통지의무도 마찬가지로 인정할 수 없다.

불안의 항변권은 ① 선이행의무자가 임의로 자신의 의무를 이행하거나, ② 새로운 합의 또는 이행곤란사유의 소멸로써 계약관계가 진전되거나, ③ 계약관계가 해소됨으로써 소멸한다. 또한 ④ 상대방이 파산하는 경우에도 불안의 항변권은 소멸한다.

주요어 : 불안의 항변권, 동시이행의 항변권, 급부의 대가관계, 선이행의  
무, 이행곤란사유, 이행거절권능, 이행지체

학 번 : 2005-21802

# 목 차

제1장 서론 .....	1
제1절 문제의 제기 .....	1
제2절 논문의 구성 .....	3
 제2장 불안의 항변권의 의의와 기능 .....	5
제1절 불안의 항변권의 의의 .....	5
1. 쌍무계약과 동시이행의 항변권 .....	5
2. 쌍무계약에 있어서의 선이행의무 .....	6
3. 선이행의무자의 불안의 항변권 .....	7
가. 선이행의무에 있어서 급부의 대가관계의 작용 .....	7
나. 선이행의무자에 대한 이행거절권능 부여의 필요성 .....	7
다. 입법례 및 우리 민법의 불안의 항변권 .....	9
제2절 불안의 항변권의 기능 .....	12
1. 일시적 이행거절권능으로서의 불안의 항변권 .....	12
2. 선이행의무자에 대한 구제수단과의 비교 .....	13
가. 선이행권리자의 파산 .....	13
1) 의의 .....	13
2) 선이행권리자의 파산과 불안의 항변권의 차이점 .....	14
가) 발생원인 .....	14
나) 채무의 위태화 정도 .....	14
다) 효력 .....	14
나. 매수인의 대금지급거절권 .....	14
1) 의의 .....	15

2) 매수인의 대금지급거절권과 불안의 항변권의 공통점 ...	15
3) 매수인의 대금지급거절권과 불안의 항변권의 차이점 ...	16
가) 이론적 근거 .....	16
나) 적용대상 .....	17
<b>제3장 불안의 항변권의 이론적 근거와 법적 성질 .....</b>	<b>18</b>
<b>제1절 불안의 항변권의 이론적 근거 .....</b>	<b>18</b>
1. 민법의 입법 과정에서의 논의 .....	18
2. 학설 및 판례 .....	20
가. 학설 .....	21
나. 판례 .....	21
3. 독일민법의 입법 과정에서의 논의 및 학설 .....	22
가. 구 독일민법 제321조의 입법 과정 .....	22
나. 독일의 학설 .....	23
4. 일본의 학설 .....	25
5. 이론적 근거로서의 사정변경의 원칙에 대한 비판적 검토 .....	26
가. 사정변경의 원칙의 의의 .....	26
나. 불안의 항변권과 사정변경의 원칙 .....	27
1) 서론 .....	27
2) 불안의 항변권과 사정변경의 원칙의 이론적 정합 여부	28
3) 구체적인 사실관계에 비추어 본 판례의 태도 .....	30
6. CISG 제71조 소정의 이행정지권의 시사점 .....	34
가. CISG 제71조와 민법 제536조 제2항의 유사성 .....	34
나. CISG 제71조에서 정하는 이행정지권의 이론적 근거 ...	35
7. 소결: 급부의 대가관계와 이에 기초한 위험의 적정한 배분	



.....	36
<b>제2절 불안의 항변권의 법적 성질</b> .....	38
1. 서론 .....	39
2. ‘항변권’ 또는 ‘청구권 행사의 요건’ .....	39
3. ‘실체법상 권리’ 또는 ‘소송법상 권리’ .....	41
 <b>제4장 불안의 항변권의 요건</b> .....	43
<b>제1절 쌍무계약관계</b> .....	43
<b>제2절 선이행의무의 존재</b> .....	44
1. 입법례와 우리 민법의 태도 .....	44
2. 선이행의무의 발생원인 및 유형 .....	45
가. 법률의 규정에 의한 선이행의무 .....	45
나. 계약 또는 급부의 성질에 의한 선이행의무 .....	45
다. 당사자의 약정에 의한 선이행의무 .....	46
라. 약관에 의한 선이행의무 .....	47
마. 안정선이행의무와 불안정선이행의무 .....	48
바. 선이행의무에 관한 기타 쟁점 .....	50
<b>제3절 상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유</b> .....	52
1. 의의 .....	52
2. 이행곤란사유의 유형 및 정도 .....	52
가. 외국의 논의 .....	52
1) 독일민법 .....	52
가) 구 독일민법 제321조 .....	53
나) 현재의 독일민법 제321조 제1항 .....	54
2) CISG 제71조 .....	56
가) 의의 .....	56

나) 의무의 실질적 부분을 이행하지 않을 것이 판명될 것 .....	56
다) 상대방의 이행능력 또는 신용도의 증대한 결함 .....	57
라) 계약의 이행 준비 또는 이행에 관한 상대방의 행위 .	58
나. 우리나라의 판례 및 학설 .....	59
1) 이행곤란사유의 유형 및 정도에 관한 판례 .....	59
2) 계속적 채권관계에서 이행곤란사유의 정도에 관한 판례	60
가) 문제의 제기 .....	60
(1) 의의 .....	60
(2) 동시이행의 항변권이 인정되는 경우와의 관계 .....	61
나) 구체적 판결례 .....	62
다) 검토 .....	65
3) 학설 .....	66
다. 이행곤란사유의 유형에 대한 검토 .....	67
1) 불안의 항변권의 이론적 근거에 따른 유형의 구성 .....	67
2) 이행곤란사유의 구체적 유형 .....	68
가) 객관적 이행곤란사유 .....	68
(1) 의의 .....	68
(2) 변제자력의 결여 .....	68
(3) 그밖에 채무이행을 현저히 곤란하게 하는 사정 .....	69
나) 주관적 이행곤란사유 .....	71
라. 이행곤란사유의 정도에 대한 검토 .....	72
3. 이행곤란사유의 발생시점 .....	74
가. 문제의 제기 .....	75
나. 기존의 논의 및 판례 .....	75
1) 입법례 및 외국의 논의 .....	75

2) 우리나라의 학설 및 판례 .....	77
다. 검토 .....	77
1) 이행곤란사유의 발생시점 .....	77
2) ‘선이행의무자의 인지 여부’의 제도적 위치 .....	78
4. 이행곤란사유 존부의 판단시점 .....	82
5. 귀책사유의 요부 .....	82
<b>제4절 소극적 요소: 선이행의무자의 수인 또는 포기 .....</b>	<b>82</b>
1. 명시적인 약정에 의한 위험의 수인 또는 항변권의 포괄적 포기 .....	82
2. 묵시적인 위험의 수인 또는 항변권의 포괄적 포기 .....	83
가. 묵시적인 위험의 수인 .....	84
1) 의의 .....	84
2) ‘경솔한 선이행의무자’의 문제 .....	84
나. 불안의 항변권의 묵시적인 포괄적 포기 .....	86
 <b>제5장 불안의 항변권의 효과 .....</b>	<b>87</b>
<b>제1절 문제의 제기 .....</b>	<b>87</b>
<b>제2절 이행거절권능 .....</b>	<b>87</b>
1. 의의 .....	88
2. 동시이행관계로의 전환 여부 .....	89
가. 학설 .....	89
나. 판례 .....	90
다. 검토 .....	90
3. 상환이행판결의 가부 .....	92
가. 상대방이 선이행의무의 이행을 청구하는 경우 .....	92
1) 문제의 제기 .....	92

2) 독일의 학설과 판례 .....	93
3) 검토 .....	93
나. 선이행의무자가 반대급부를 청구하는 경우 .....	95
<b>제3절 이행지체저지효 및 상계금지효 .....</b>	<b>96</b>
1. 의의 .....	96
2. 개별 쟁점에 대한 검토 .....	97
가. 이행지체저지효의 발생을 위해 항변권의 행사가 필요한지 여부 .....	97
나. 이행지체로 인한 손해를 배상한 이후 그 반환청구의 가부 .....	99
<b>제4절 담보요구권 및 계약해제권의 발생 여부 .....</b>	<b>101</b>
1. 입법례, 판례 및 학설 .....	101
가. 독일민법 제321조 .....	101
나. CISG, PICC, PECL 및 DCFR .....	102
다. 일본민법 .....	104
2. 우리나라의 학설 및 판례 .....	105
3. 검토 .....	106
<b>제5절 통지의무의 발생 여부 .....</b>	<b>108</b>
1. CISG, PICC, PECL 및 DCFR .....	108
2. 검토 .....	110
 <b>제6장 불안의 항변권의 소멸 .....</b>	 <b>111</b>
제1절 의의 .....	111
제2절 선이행의무자의 이행 .....	112
제3절 계약관계의 진전에 의한 소멸 .....	112

1. 당사자의 합의 .....	112
2. 이행곤란사유의 제거 .....	113
가. 반대급부의 이행 또는 이행제공 .....	113
나. 담보의 제공 .....	113
제4절 계약관계의 해소에 의한 소멸 .....	115
제5절 상대방의 파산 .....	116
 제7장 결론 .....	 117
 참고문헌 .....	 119
Abstract .....	124

# 제 1 장

## 서 론

### 제 1 절 문제의 제기

민법은 제536조 제2항에서 이른바 ‘불안의 항변권’에 관한 규정을 두고 있다. 우리 학설과 판례의 전통적인 논의에 많은 영향을 주었다고 여겨지는 독일민법<sup>1)</sup>을 비롯한 다른 입법례와 비교하여 볼 때, 민법 제536조 제2항은 불안의 항변권의 요건에 관하여 ‘상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유’라는 대단히 추상적인 규정만을 두고 있는 것이 특징이다. 그 효과에 있어서도 “전항 본문과 같다.”라고만 정하여 동시이행의 항변권에 관한 민법 제536조 제1항을 준용하고 있을 뿐, 구체적인 내용에 대해서는 침묵을 지키고 있다.

이러한 규정방식은, 예를 들어 채무불이행에 관한 민법 제390조, 불법행위에 관한 민법 제750조가 그러하듯이 입법자가 어떤 법제도의 요건과 효과를 미리 세세하게 유형을 나누어 고정시켜 놓지 않음으로써, 이후 적극적인 법률의 해석과 적용을 통하여 법제도를 보다 생명력 있는 것으로 유지·발전시켜나갈 수 있는 원동력이 된다. 달리 말하면 현재 우리 민법에서의 불안의 항변권에 관하여 합리적으로 이론을 구성하고 운용하는 과제는 학설과 판례에 전적으로 맡겨져 있다고 해도 과언이 아니다.

---

1) 불안의 항변권을 정하고 있는 독일민법 제321조는 2001년 11월 26일 공포되어 2002년 1월 1일 시행된 「채권법의 현대화에 관한 법률(Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts)」에 의하여 대폭 개정되었다.

그러나 ‘법제도의 실질적인 활용’이라는 관점에서 볼 때 불안의 항변권이 현재 우리 법의 세계에서 확고한 지위를 차지하고 적극적으로 운용되고 있다고 보기는 어려운 것이 현실이다. 불안의 항변권을 원용하고 있는 대법원 판결은 다수 발견되나, 그 대부분이 개별 분쟁을 구체적 사실관계에 따라 최대한 합리적으로 해결할 수 있는 결론이 무엇인지를 판단하는 데에 집중하고 있는 것으로 보이고, 불안의 항변권에 관한 확립된 이론적 틀을 바탕으로 체계적인 해석·적용을 보여주는 판결은 발견하기 어렵다.

이러한 현상의 원인으로는 여러 가지를 들 수 있겠으나 무엇보다도 불안의 항변권을 민법의 전체적인 체계 속에서 일반적인 법원칙에 대한 예외로서 위치시키고자 하는 경향을 들 수 있을 것이다. 우리 학설의 전통적인 견해는 불안의 항변권을 동시이행의 항변권의 요건 중 하나인 ‘상대방의 채무가 이행기에 도달할 것’이 적용되지 않는 경우, 즉 동시이행의 항변권이 선이행의무자에게도 예외적으로 인정되는 경우로 본다.<sup>2)</sup> 나아가 선이행의무자에게 그러한 권리가 인정되는 이론적 근거가 무엇인지에 관해서도 독일과 일본의 전통적인 견해에 좇아 ‘사정변경의 원칙’에 기대어 설명하려는 견해가 지배적이었다.

그러나 이러한 견해가 옳은 것인지에 대해서는 이미 국내·외에서 꾸준히 의문이 제기되어 왔다. 본 논문에서 상세히 다룰 것이나, 「국제물품매매계약에 관한 국제연합 협약」(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 이하 ‘CISG’), 「국제상사계약원칙」(Principles of International Commercial Contracts, 이하 ‘PICC’), 「유럽계약법원칙」(The Principles of European Contract Law, 이하 ‘PECL’), 「유럽 민사법의 공통 기준안」(The Draft Common Frame of Reference, 이하

2) 곽윤직, 채권각론, 박영사, 2003(이하 ‘곽윤직’), 63면; 주석 채권각칙(I)(편집대표 김중환), 한국사법행정학회, 1985, 286면(조무제 집필부분); 민법주해[XIII](편집대표 곽윤직), 박영사, 1997(이하 ‘민법주해[XIII]’), 31면(유원규 집필부분) 등

‘DCFR’ )을 비롯한 최근의 입법례 또한 계약에 대한 수정·변경의 근거로서의 사정변경의 원칙에 의존하지 않고 불안의 항변권과 유사한 이행거절권능의 제도를 구성하고 있다.

본 논문은 불안의 항변권이 사정변경의 원칙이 아니라 쌍무계약의 본질인 급부<sup>3)</sup>의 대가관계, 그리고 이에 기초한 위험의 적정한 배분에 이론적 근거를 두고 있는 제도가 아닌지, 그리고 그러한 이론적 구성을 관찰할 때 쌍무계약에 관한 민법의 다른 제도—대표적으로 이행기 전의 채무불이행(이행불능 또는 이행거절)을 이유로 한 계약해제 및 위험부담—와 불안의 항변권을 일관된 관점하에 이론정합적으로 해석·적용할 수 있는 것이 아닌지 하는 문제의식으로부터 출발하였다.

이하 본 논문에서는 이와 같은 문제의식에 바탕을 두고 불안의 항변권에 관한 기존의 학설과 판례를 비판적으로 검토한 다음, 불안의 항변권의 이론적 근거와 본질을 밝히고 이를 기초로 불안의 항변권의 요건·효과·소멸과 관련된 제반 법리를 구성함으로써, 민법의 다른 제도와 불안의 항변권이 계약관계 안에서 유기적으로 작동할 수 있는 하나의 틀을 제시하고자 한다.

## 제 2 절 논문의 구성

---

3) 우리 민법은 ‘급부’ (Leistung)라는 용어를 사용하지 않고 대신 ‘급여’ 라고 표현하고 있으므로(예를 들어 민법 제746조의 불법원인급여) ‘급부’ 라는 용어를 사용하는 것은 지양하여야 한다는 견해가 있다(윤진수, “부당이득법의 경제적 분석”, 서울대학교 법학 제55권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2014, 108-109면). 다만 학계와 실무에서 아직 그러한 용어례가 완전히 정착되지는 않았다고 보이고 앞으로 이에 관하여 보다 많은 논의가 있을 것으로 생각되므로, 본 논문에서는 ‘급부’ 라는 용어를 사용하기로 한다.



제2장에서는 「불안의 항변권의 의의와 기능」에 관하여 본다. 쌍무계약에 있어서 선이행의무자에게 불안의 항변권이 갖는 의의와 그 기능, 그리고 선이행의무자의 다른 구제수단과 비교하여 불안의 항변권의 특색에 대하여 살펴본다.

제3장에서는 「불안의 항변권의 이론적 근거와 법적 성질」을 다룬다. 먼저 불안의 항변권의 이론적 근거에 대한 종래 학설과 판례의 논의 및 그 배경을 살펴보고, 그 근간을 이루는 사정변경의 원칙의 이론정합성을 비판적으로 검토한 다음, 쌍무계약의 본질인 급부의 대가관계와 이에 기초한 위험의 적정한 배분이라는 관점에서 불안의 항변권의 이론적 근거를 구성한다. 또한 동시이행의 항변권에 관한 논의를 기초로 불안의 항변권의 법적 성질을 규명한다.

제4장에서는 제3장에서의 논의를 바탕으로 「불안의 항변권의 요건」에 관하여 본다. 먼저 적극적 요건으로서 선이행의무의 존재와 이행곤란사유에 관하여 살펴되, 각 요건별로 학설과 판례에서 쟁점이 되어 온 내용들을 정리하고 검토한다. 또한 소극적 요소로서 선이행의무자의 위험에 대한 수인 및 항변권의 포괄적인 포기에 대하여도 살펴본다.

제5장에서는 「불안의 항변권의 효과」에 관하여 살핀다. 가장 대표적인 효과로서의 이행거절권능, 그리고 이행지체저지효 및 상계금지효에 관하여 각 효과별로 주요한 쟁점이 되어 온 내용들을 정리하고 검토한다. 그밖에 선이행의무자의 담보요구권 및 계약해제권과 통지의무가 우리 민법의 불안의 항변권에서도 인정될 수 있는지 여부에 관하여 본다.

제6장에서는 「불안의 항변권의 소멸」이라는 표제하에 선이행의무자의 이행, 당사자의 합의, 반대급부의 이행·이행제공 또는 담보의 제공에 따른 이행곤란사유의 제거, 계약관계의 해소, 상대방의 파산과 같은 불안의 항변권의 다양한 소멸사유에 관하여 본다.

## 제 2 장

### 불안의 항변권의 의의와 기능

#### 제 1 절 불안의 항변권의 의의

##### 1. 쌍무계약과 동시이행의 항변권

계약은 각 당사자가 부담하는 의무 간의 대가적 관계, 즉 관련성의 유무에 따라 쌍무계약과 편무계약으로 분류된다. 재화의 생산이 호의 또는 불건적 신분관계보다는 자유로운 개인의 합리적·경제적 판단에 따라 이루어지며, 그렇게 생산된 재화가 각 경제주체가 서로 일정한 대가를 지급함으로써 교환되는 이른바 분업적 생산·교환관계에 의하여 유지되는 현대 자본주의 사회에서는, 계약 중에서도 편무계약보다는 쌍무계약이 보다 의미 있는 법제도로써 기능하게 된다. 민법이 규정하는 전형계약 중에서 거래계에서 가장 빈번히 사용되고 있는 매매계약, 임대차계약, 이자부 소비대차계약, 도급계약, 고용계약은 모두 쌍무계약이며, 민법이 원칙적으로는 무상·편무계약으로 정하고 있는 위임계약 또한 위임인이 수임인에게 보수를 지급할 것을 약정하는 유상·쌍무계약의 형태를 띠는 것이 일반적이다.<sup>4)</sup>

쌍무계약의 본질상 당사자 쌍방이 부담하고 있는 각 의무 간의 관련성은 법적으로 보장되어야 한다. 이러한 관련성은 통상 ‘성립상의 관련

---

4) 박윤직, 274면

성’, ‘이행상의 견련성’, ‘존속상의 견련성’ 등으로 구분되고 있으며<sup>5)</sup>, 이들을 보장하기 위한 법제도는 각기 민법에 산재하여 있다. 그 중 이행상의 견련성을 보장하기 위한 제도로 가장 중요하다고 할 수 있는 것이 민법 제536조 제1항이 규정하는 ‘동시이행의 항변권’이다.

## 2. 쌍무계약에 있어서의 선이행의무

쌍무계약이라 하더라도 당사자는 일방의 의무를 상대방보다 먼저 이행하기로 하는, 즉 이행상의 견련성을 포기하기로 하는 약정 또한 계약의 내용으로 할 수 있다. 나아가 노무의 공급에 일정한 시간의 경과를 요함에 따라 엄밀한 의미의 동시이행이 불가능한 고용계약, 도급계약(및 이를 내용으로 하는 제작물 공급계약), 위임계약, 임치계약, 또는 일정한 기간 동안 일방이 계속 급부를 이행하기로 하는 계속적 공급계약 등에서 그 성질상 선이행의무의 발생이 불가피하다.

이렇듯 선이행의무가 포함된 쌍무계약의 경우, 선이행의무자는 계약에 따라 자신의 의무를 먼저 이행하여야 하므로 상대방(선이행권리자)에 대하여 원칙적으로 동시이행의 항변권을 주장할 수 없다. 각 급부가 서로 대가적 의미를 가지며 일종의 담보로서의 역할을 하는 쌍무계약에 있어서, 선이행의무자는 곧 상대방에 대하여 신용을 공여하는 것이 된다.<sup>6)</sup>

5) 박윤직, 60면. 이은영, 채권각론, 박영사, 2005(이하 ‘이은영’), 141-143면은 이외에 ‘소멸상의 견련성’을 별도의 범주로 분류한다. 또한 김형배, 채권각론, 박영사, 2001(이하 ‘김형배’), 144-145면은 견련관계(견련성)를 ‘성립상의 견련관계’, ‘기능상의 견련관계’, ‘청산관계에서의 견련관계’로 구분하고, 다시 기능상의 견련관계를 ‘이행상의 견련관계’와 ‘존속상의 견련관계’로 세분하고 있다.

6) Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 19. Aufl, München: Beck, 2010(이하 ‘Medicus/Lorenz’), Rn. 258

### 3. 선이행의무자의 불안의 항변권

#### 가. 선이행의무에 있어서 급부의 대가관계의 작용

선이행의무자는 스스로의 판단에 의하여 이행상의 견련을 포기하였으므로 계약의 내용대로 자신의 의무를 먼저 이행하여야 한다. 그러나 선이행의무가 포함된 계약이 쌍무계약인 이상, 각 당사자의 급부는 여전히 ‘받기 위하여 주는’ 관계, 즉 대가관계에 있다.

따라서 민법 제537조가 정하는 채무자위험부담주의는 동시이행관계가 아니라 선후이행관계인 쌍무계약에도 마찬가지로 적용된다. 선이행의무자는 상대방의 채무가 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때 자신의 채무를 이행할 필요가 없게 되고, 이미 선이행의무를 이행한 경우 부당이득으로서 그 반환을 청구할 수 있다. 또한 선이행권리자가 자신의 책임 있는 사유로 채무불이행에 빠지게 되면 선이행의무자는 계약을 해제함으로써 자신의 의무를 면할 수 있고, 이미 선이행의무를 이행한 경우 원상회복을 청구할 수 있다.<sup>7)</sup>

즉, 선이행의무자라 하더라도 상대방의 채무가 종국적으로 이행되지 못할 사정이 발생한 때에는 그와 대가관계에 있는 자신의 선이행의무를 이행할 필요가 없거나, 이미 이행한 것을 반환받을 수 있게 된다.

#### 나. 선이행의무자에 대한 이행거절권능 부여의 필요성

---

7) 민법 제548조 제1항. 통설은 본 조항이 정하는 원상회복의무는 부당이득반환의무와 같은 성질의 것으로 본다. 박윤직, 103-104.면; 민법주해[XIII], 319면(김용덕 집필부분) 등. 판례 또한 같은 취지이다. 대법원 2014. 3. 13. 선고 2013다34143 판결 등

이와 같이 선이행의무가 포함된 쌍무계약에 있어서도 급부 간의 대가관계는 유지되고 있다. 그렇다면 비록 선이행의무의 이행기가 도래하였다고 하더라도, 추후 상대방의 반대급부의 이행이 곤란할 것으로 추단할 수 있는 현저한 사유가 존재하는데도 선이행의무의 이행을 무조건 강제하는 것은 거래현실상 상당한 문제를 야기하게 된다.

우선 선이행의무를 이행한 뒤 그러한 위험이 현실화되어 상대방의 반대급부가 이루어지지 못하는 경우, 선이행의무자로서는 앞서 본 바와 같이 이미 이행한 자신의 급부를 다시 부당이득반환청구 또는 원상회복청구를 통하여 반환받는 과정을 거쳐야 한다. 이는 당사자 사이에 법적 분쟁이 발생하는 경우의 소송비용을 비롯하여 조기에 계약의 진행을 정지하였더라면 발생하지 않았을 각종 거래비용을 발생시킨다. 또한 선이행의무자는 상대방의 무자력으로 인하여 급부를 반환받지 못할 위험 또한 전적으로 부담하게 되며, 주문생산된 제작물 공급계약에서와 같이 반환받은 급부가 다른 계약관계에 轉用될 수 없는 경우 이미 제작된 계약 목적물이 무용지물이 되는 등 경제 전체의 관점에서도 비효율이 발생한다.<sup>8)</sup>

또한 우리 민법은 쌍무계약에서의 반대급부위험에 관하여 채무자위험부담주의를 취하고 있으므로, 반대급부가 상대방의 책임 없는 사유로 불능에 이르는 경우 선이행의무자는 자신의 의무를 면하게 된다. 그렇다면 이행이 곤란할 현저한 사유, 즉 이행곤란사유가 존재하는 경우라도 반대급부가 아직 종국적인 불능에 이르지 않았다는 이유로 계속하여 선이행의무자에게 전적으로 위험을 부담시키기보다는 선이행의무자의 위험을 일정 정도 경감할 수 있는 수단을 마련하는 것이 보다 적절한 위험의

---

8) Kröll/Mistelis/Viscasillas, UN Convention on Contracts for International Sale of Goods(CISG), München: Beck, 2011(이하 'Kröll/Mistelis/Viscasillas'), Art. 71, Para. 2

배분 방안이 될 것이다.

따라서 반대급부가 이행불능 또는 이행거절에 이르러 계약관계가 파탄되기 이전의 단계에서도 일정한 요건하에 선이행의무자에게 자신의 의무이행을 거절할 수 있는 권능, 즉 이행거절권능<sup>9)</sup>을 부여함으로써, 계약의 진행을 정지시키고 당사자가 원만한 협상을 통하여 해결책을 강구할 수 있도록 하는 수단<sup>10)</sup>을 제공할 필요성이 제기된다.

#### 다. 입법례 및 우리 민법의 불안의 항변권

각국의 입법례는 그 구체적인 규정의 체계 및 요건·효과에 있어서의 차이는 있으나, 앞서 본 바와 같은 필요에 부응하여 선이행의무자에게 일정한 경우 이행거절권능을 부여하고 있다. 독일민법 제321조<sup>11)</sup>, 스위스채무법 제83조<sup>12)</sup>, 미국 통일상법전(UCC) 제2-609조<sup>13)</sup>, CISG 제71조<sup>14)</sup>,

---

9) 남효순, “이행거절권능의 법률관계”, 서울대학교 법학 제42권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2001[이하 ‘남효순(2001)’]의 용어례에 의하였다. 松井和彦, “「契約危殆」状態における履行確保(一)(二·完)”, 修道法學 第20卷 第1号, 第2号, 広島修道大學法學會, 1998(이하 ‘松井’)은 ‘이행유보권’이라는 용어를 사용하고 있다.

10) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sales of Goods(CISG), Fourth Edition, Oxford: Oxford Univ. Press, 2016(이하 ‘Schlechtriem/Schwenzer’), Art. 71, Para. 3

11) 독일민법 제321조 (불안의 항변권)

① 쌍무계약에 기하여 선이행의무를 부담하는 사람은, 자신의 반대급부청구권이 상대방의 급부능력 흠결로 인하여 위태로움을 계약 체결 후에 알 수 있게 되는 때에는, 그에 의무 있는 급부를 거절할 수 있다. 반대급부가 실현되거나 그를 위한 담보가 제공되면, 급부거절권은 소멸한다.

② 선이행의무자는 상당한 기간을 정하여 그 기간 안에 상대방이 급부와 상환으로 그의 선택에 좇아 반대급부를 실현하거나 담보를 제공하도록 할 수 있다. 그 기간이 도과된 경우에는 선이행의무자는 계약을 해제할 수 있다. 제323조는 이에 준용된다.

[조문 번역은 양창수, 독일민법전(2015년판), 박영사, 2015에 의함]

12) 스위스채무법 제83조 (일방의 지급불능에 대한 고려)

① 쌍무계약의 경우에 일방이 예컨대 파산하거나 압류의 실효가 없게 된 경우와 같이 지급불능으로 되고 이 재산상태의 악화로 말미암아 상대

PICC 제7.3.4조<sup>15)</sup>, PECL 제8:105조<sup>16)</sup>, DCFR III.-3:401 제2항, 제3항<sup>17)</sup> 등

방의 청구권이 위태롭게 된 경우에는 그 상대방은 반대급부가 담보될 때까지 자기의 급부를 거절할 수 있다.

- ② 상대방이 담보제공을 청구하였는데도 상당한 기간 내에 담보가 제공되지 아니한 경우에는 그 상대방은 계약을 해제할 수 있다.

[조문 번역은 법제처, 스위스채무법(법제자료 제79집), 1976에 의함]

13) UCC 제2-609조 (채무이행의 적당한 확약을 얻을 권리)

- ① 매매계약에 있어 각 당사자는 채무의 본지에 따른 이행을 받을 것이라는 상대방의 기대를 손상치 아니할 의무를 진다. 일방당사자의 채무이행에 관하여 불안을 느낄 상당한 이유가 생길 때는 상대방은 본지에 따른 이행을 하겠다는 적당한 확약을 줄 것을 서면으로 청할 수 있으며 그러한 확약을 받을 때까지는, 상업적으로 타당한 한, 약정의 대가를 아직 받지 않은 자기의 채무부분의 이행을 정지할 수 있다.
- ② 상인 간에 있어서 불안을 느끼는 이유의 상당성 및 회답된 확약의 타당성은 상업적 기준에 따라 결정된다.
- ③ 불완전한 인도나 변제를 수령하여도 피해당사자가 장래의 채무이행에 대한 적당한 확약을 요구할 수 있는 권리는 손상되지 아니한다.
- ④ 정당한 요구를 받고서도 30일 이내의 상당한 기간 내에 당해 사안의 정황에 적합한 이행에 대한 확약을 주지 아니하면 이는 계약을 부인하는 것이 된다.

[조문 번역은 법무부, 미국통일상법전(법무자료 제31집), 1957을 참조함]

14) CISG 제71조

- ① 당사자는 계약체결 후 다음의 사유로 상대방이 의무의 실질적 부분을 이행하지 아니할 것이 판명된 경우에는, 자신의 의무 이행을 정지할 수 있다.
  - (가) 상대방의 이행능력 또는 신용도의 중대한 결함
  - (나) 계약의 이행 준비 또는 이행에 관한 상대방의 행위
- ② 제1항의 사유가 명백하게 되기 전에 매도인이 물품을 발송한 경우에는, 매수인이 물품을 취득할 수 있는 증권을 소지하고 있더라도 매도인은 물품이 매수인에게 교부되는 것을 저지할 수 있다. 이 항은 매도인과 매수인 간의 물품에 관한 권리에 대하여만 적용된다.
- ③ 이행을 정지한 당사자는 물품의 발송 전후에 관계없이 즉시 상대방에게 그 정지를 통지하여야 하고, 상대방이 그 이행에 관하여 적절한 보장을 제공한 경우에는 이행을 계속하여야 한다.

[조문 번역은 「국제물품매매계약에 관한 국제연합 협약」(2005. 2. 28. 공포 다자조약 제1711호)에 의함]

15) PICC 제7.3.4조 (적절한 이행보장)

장차 상대방의 중대한 불이행이 있을 것임을 합리적으로 믿는 당사자는 적절한 이행보장을 요구할 수 있고 또한 그러한 동안에는 그의 이행을 보류할 수 있다. 합리적인 기간 내에 그러한 이행보장이 제공되지 않는 때에는 이행보장을 요구한 당사자는 계약을 해제할 수 있다.

[조문 번역은 오원석 외 공역, 국제상사계약원칙 2004, 법문사, 2006에 의함]

16) PECL 제8:105조: 이행의 담보

이 이에 해당한다.

민법의 제정 이전까지 시행되던 의용민법에는 선이행의무자의 이행거절권능에 관한 명문의 규정이 존재하지 않았다. 그러나 1948년 정부수립 이후 법전편찬위원회에 의하여 마련된 「민법전편찬요강」<sup>18)</sup> 중 ‘채권법각론’ 항목의 ‘제2장 계약’ 편에서 “4. 당사자의 일방이 상대방에 대하여 먼저 급부를 하여야 할 경우에 있어서 상대방의 재산이 계약체결 후 현저히 감소하여 반대급부를 하기 어려운 염려가 있는 경우에 급부거절권을 인정할 것” 이라고 명시하여 입법을 예정하고 있었다.

이에 따라 민법 제536조 제2항은 “상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에는 전항 본문과 같다.” 라고 정함으로써, 선이행의무자의 이행거절권능을 명문으로 입법하였다. 이를 강학상 ‘불안의 항변권’ (Unsicherheitseinrede 또는 Einrede der Unsicherheit)이라 한다.<sup>19)</sup>

- 
- (1) 상대방이 장래 본질적 불이행을 할 것이라고 합리적으로 믿는 당사자는 적정한 이행의 상당한 보장을 요구할 수 있고, 또 동시에 그 자신의 의무의 이행을 그러한 합리적 믿음이 계속하는 한 유보할 수 있다.
- (2) 이 보장이 합리적 기간 내에 주어지지 아니하는 경우에, 이를 요구하는 당사자가 장래 상대방의 본질적 불이행이 있을 것으로 여전히 합리적으로 믿고 또 지체없이 해제 통지를 하는 때에는 그는 계약을 해제할 수 있다.
- [조문 번역은 양창수, “「유럽계약법원칙」에 대한 일고 및 그 번역”, 서울대학교 법학 제40권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1999에 의함]
- 17) DCFR III.-3:401: 쌍무적 채무의 이행을 보류할 수 있는 권리
- (2) 채무자가 이행하기 전에 쌍무적 채무를 이행하여야 하고 채무자가 이행기에 이행하지 않을 것이라고 합리적으로 믿은 채권자는 제3장 불이행에 대한 구제수단 III.-3:401의 합리적 믿음이 계속되는 동안 그 쌍무적 채무의 이행을 보류할 수 있다. 그러나, 만일 채무자가 적당한 이행의 보장을 제공한 경우에는 이행을 보류할 권리는 상실된다.
- (3) 제2항에서 언급된 상황에서 이행을 보류한 채권자는 합리적으로 가능한 신속히 채무자에게 그 사실을 통지할 의무가 있으며 이 의무를 위반하여 채무자에게 야기된 손실에 대하여도 책임이 있다.
- [조문 번역은 Christian von Bar 외 편저, 안태용 역, 유럽 민사법의 공통 기준안: 총칙·계약편(DCFR 제1권~제4권), 법무부, 2012(이하 ‘Christian von Bar’)에 의함]
- 18) 법전편찬위원회 및 「민법전편찬요강」에 관한 상세한 내용은 양창수, “민법전의 성립과정에 관한 소고”, 민법연구 제1권, 박영사, 1991을 참조
- 19) 박윤직, 63면; 김형배, 154-155면; 이은영, 159면 이하; 민법주해[XIII], 31면.



## 제 2 절 불안의 항변권의 기능

### 1. 일시적 이행거절권능으로서의 불안의 항변권

불안의 항변권의 핵심적인 기능은, 선이행권리자의 반대급부가 종국적인 이행불능 또는 이행거절의 단계에 이르지 않는 것임이나 그 이행이 곤란할 현저한 사유, 즉 이행곤란사유가 있는 경우 선이행의무자에게 계약관계를 해소함으로써 그로부터 완전히 이탈할 권리는 원칙적으로 부여하지 않으면서도 그러한 이행곤란사유가 해소될 때까지 자신의 의무이행을 일시적으로 거절할 수 있는 권능을 부여한다는 데에 있다.<sup>20)</sup>

선이행의무자의 관점에서 보면 이러한 이행거절권능을 부여받는 것은 곧 쌍무계약관계에서 현재 반대급부가 불능에 이르지 않은 단계에서도 이를 이행받지 못할 위험을 전적으로 부담하는 것을 피할 수 있는 보호수단을 갖는 것이 된다. 반면 거래비용의 절감이라는 법경제학적 관점에서 보면, 이행거절권능은 계약의 진행을 일시 정지하고 당사자 사이에

---

松井의 주장을 받아들여 불안의 항변권의 ‘이행유보권’으로의 전환을 도모하여야 한다는 견해도 존재한다. 정종휴, “불안의 항변권의 현대적 전개”, 법학논총 제24집 제3호, 한양대학교, 2007(이하 ‘정종휴’), 611면 참조

20) 불안의 항변권의 주된 취지는 선이행의무자에게 이행거절권능을 행사할지 여부에 대한 ‘선택권’을 부여하는 데에 있다는 점에 주목하여, 이행지체지효를 비롯한 불안의 항변권의 효력이 발생하기 위해서는 상대방에 대한 구체적인 항변권의 행사를 요건으로 한다는 견해가 있다. 대표적으로 김동훈, “불안의 항변권과 매수인의 대금지급거절권의 비교”, 법학논총 제20집 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2007[이하 ‘김동훈(2007)’], 285면. 이에 관하여는 제5장 제3절에서 살펴본다.

새로운 협상을 촉진함으로써 계약관계가 파탄에 이르는 것을 방지하고 경제적 효율성을 달성하는 데에 기여하는 역할 또한 수행한다.<sup>21)</sup>

## 2. 선이행의무자에 대한 다른 구제수단과의 비교

### 가. 선이행권리자의 파산

#### 1) 의의

채무자가 지급을 할 수 없는 때 채권자 또는 채무자의 신청에 의하여 법원은 파산을 선고할 수 있다[「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」(이하 ‘채무자회생법’) 제294조 제1항, 제305조 제1항]. 그리고 파산이 선고되는 경우 파산채권이 기한부채권이라면 파산선고시에 변제기에 이른 것으로 본다(채무자회생법 제425조).

따라서 쌍무계약의 선이행의무자는 상대방인 선이행권리자가 ‘지급을 할 수 없는 때’, 즉 변제능력이 부족하여 즉시 변제하여야 할 채무를 일반적·계속적으로 변제할 수 없는 객관적 상태인 지급불능에 빠진 때(대법원 1999. 8. 16. 자 99마2084 결정)<sup>22)</sup> 파산을 신청하여 선고받음으로써, 자신의 선이행의무를 동시이행관계에 있는 것으로 전환시킬 수 있다.<sup>23)</sup>

---

21) Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 71, Para. 1, 2; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 71, Para. 3. 정종휴, 611-612면 또한 같은 취지이다.

22) 다만 인적회사를 제외한 법인, 상속재산, 유한책임신탁재산은 지급불능과 별도의 파산원인에 해당하는 ‘부채초과’의 경우에도 파산선고가 가능하다. 이에 관하여는 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 법인파산실무, 박영사, 2014, 37-38면

23) 이는 이미 불안의 항변권이 발생한 이후 선이행권리자가 파산을 선고받는

## 2) 선이행권리자의 파산과 불안의 항변권의 차이점

### 가) 발생원인

우리 민법의 불안의 항변권은 제4장 제3절에서 보는 바와 같이 이행곤란사유의 유형을 특별히 제한하지 않는다. 반면 파산은 상대방의 객관적인 변제자력이 부족한 경우에만 가능하다.

### 나) 채무의 위태화 정도

불안의 항변권은 상대방의 반대급부가 불능까지는 아니더라도 이행이 곤란할 위험이 있는 정도에 이르기만 하여도 발생할 수 있다. 그러나 파산은 상대방이 채무를 일반적·계속적으로 변제할 수 없는 객관적인 지급불능 상태에 이르러야 한다.

### 다) 효력

불안의 항변권은 선이행의무자에게 일시적인 이행거절권능을 부여함으로써 자신의 의무이행을 정지하고 계약관계의 지속을 모색할 수 있는 기회를 제공하는 데에 그친다. 그러나 파산은 파산자의 재산을 파산재단으로 재편한 다음 파산자와 관련된 제반 법률관계를 포괄적으로 정리하는 것을 목적으로 한다.

## 나. 매수인의 대금지급거절권

---

경우에도 마찬가지이다. 이에 관하여 자세한 내용은 제6장 제5절에서 본다.

## 1) 의의

민법 제588조는 “매매의 목적물에 대하여 권리를 주장하는 자가 있는 경우에 매수인이 매수한 권리의 전부나 일부를 잃을 염려가 있는 때에는 매수인은 그 위험의 한도에서 대금의 전부나 일부의 지급을 거절할 수 있다. 그러나 매도인이 상당한 담보를 제공한 때에는 그러하지 아니하다.” 라고 함으로써 매수인의 대금지급거절권을 정하고 있다. 따라서 매수인이 선이행의무로서 대금지급의무를 부담하는 경우에도 위 조항에서 정한 요건이 갖추어졌다면 자신의 의무이행을 거절할 수 있다.

## 2) 매수인의 대금지급거절권과 불안의 항변권의 공통점

불안의 항변권과 매수인의 대금지급거절권은 모두 일방당사자의 의무이행이 곤란할 것으로 예상되는 때에 상대방이 자신의 의무이행을 거절할 수 있다는 점에서 유사하다. 민법 제588조가 정하는 ‘매수한 권리의 전부나 일부를 잃을 염려가 있는 때’는 민법 제536조 제2항이 정하는 ‘상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때’를 보다 구체적으로 표현한 것으로도 볼 수 있다.

판례 또한 “아파트 수분양자의 중도금 지급의무는 아파트를 분양한 건설회사가 수분양자를 아파트에 입주시켜 주어야 할 의무보다 선이행하여야 하는 의무이나, 건설회사의 신용불안이나 재산상태의 악화 등은 민법 제536조 제2항의 건설회사의 의무이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때 또는 민법 제588조의 매매의 목적물에 대하여 권리를 주장하는 자가 있는 경우에 매수인이 매수한 권리의 전부나 일부를 잃을 염려가 있는 때에 해당하여, 아파트 수분양자는 건설회사가 그 의무이행을 제공

하거나 매수한 권리를 잃을 염려가 없어질 때까지 자기의 의무이행을 거절할 수 있고, 수분양자에게는 이러한 거절권능의 존재 자체로 인하여 이행지체 책임이 발생하지 않으므로, 수분양자가 건설회사에 중도금을 지급하지 아니하였다고 하더라도 그 지체책임을 지지 않는다.” 라고 판시함으로써 불안의 항변권과 매수인의 대금지급거절권이 경합하여 발생할 수 있음을 명시적으로 인정하였다(대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다 24106, 24113 판결).

### 3) 매수인의 대금지급거절권과 불안의 항변권의 차이점

불안의 항변권과 매수인의 대금지급거절권은 다음과 같은 차이점이 있다.

#### 가) 이론적 근거

불안의 항변권은 아래에서 자세히 살피는 바와 같이 쌍무계약에서의 급부의 대가관계와 이에 기초한 위험의 적정한 배분을 이론적 근거로 한다. 그러나 매수인의 대금지급거절권은 로마법의 ‘절박한 추탈의 항변’ (exceptio evictionis imminents)으로부터 유래한 것으로, 담보책임의 추급에 앞서서 추탈의 위험을 이유로 매수인에게 대금지급연기의 항변권을 인정한 것이다. 즉 대금지급거절권은 담보책임의 전단계에 위치하는 매수인의 권리로서의 의의를 갖는다.<sup>24)</sup>

다만 담보책임의 본질에 관하여 이른바 특정물도그마를 근거로 채무불이행과는 별개의 법정책임으로 본 전통적인 견해(법정책임설)<sup>25)</sup>와

---

24) 김동훈(2007), 274-275면

25) 담보책임의 본질에 관한 법정책임설에 관하여는 우선 민법주해[XIV](편집대표 곽윤직), 박영사, 1997(이하 ‘민법주해[XVI]’, 221-230면(남효순 집필부분))

는 달리 담보책임의 본질은 일종의 특별한 채무불이행책임에 해당한다는 오늘날의 유력설(채무불이행책임설)<sup>26)</sup> 및 판례<sup>27)</sup>의 입장에 따르면 불안의 항변권과 매수인의 대금지급거절권의 이론적 근거는 별다른 차이가 없게 된다.

## 나) 적용대상

불안의 항변권은 모든 쌍무계약에서 선이행의무를 부담하는 당사자에게 인정된다. 그러나 매수인의 대금지급거절권은 매매계약의 매수인에게만 인정되는 반면, 대금지급의무가 선이행의무일 것을 요하지 않는다.<sup>28)</sup>

---

### 참조

- 26) 박윤직, 136-138면; 이은영, 307-313면; 남효순, “담보책임의 본질론(II)”, 서울대학교 법학 제35권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 1994 등
- 27) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다51586 판결, 대법원 2004. 8. 20. 선고 2001다70337 판결 등. 이들 대법원 판결은 일반적으로 담보책임의 본질에 관하여 채무불이행책임설을 취한 것으로 해석되고 있다.
- 28) 따라서 매도인이 대금의 지급 이전에 매수인에게 부동산을 인도하였으나 그 부동산에 근저당권이 설정되어 있었던 경우, 매수인은 설정된 근저당권의 채권최고액(또는 실제 확인 가능한 피담보채무액)의 한도 내에서 미지급 매매대금에 대한 이자지급의무(민법 제587조)를 부담하지 않는다(대법원 1996. 5. 10. 선고 96다6554 판결).

## 제 3 장

### 불안의 항변권의 이론적 근거와 법적 성질

#### 제 1 절 불안의 항변권의 이론적 근거

##### 1. 민법의 입법 과정에서의 논의

법전편찬위원회에 의하여 마련된 「민법전편찬요강」에서 ‘상대방의 재산이 계약체결 후 현저히 감소하여 반대급부를 하기 어려운 염려가 있는 경우’에 급부거절권을 인정하도록 정하고 있었던 점은 제2장 제1절에서 본 바와 같다.

이후 1957년 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회(이하 ‘민법안심의소위’)의 「민법안심의록」에서도 민법 초안 제525조<sup>29)</sup>에 대한 ‘심의경과’ 항목에서 “제2항은 독일민법 제321조, 스위스채무법 제83조에 좇은 신설규정인 바 이행기를 달리한 쌍무계약의 경우에 형평의 원칙에 의거한 사정변경의 원칙을 적용한 것으로서 타당하다.”(강조점은筆者. 이하 같다)라는 평가를 내렸다.<sup>30)</sup>

29) 제525조(동시이행의 항변권)

① 쌍무계약의 당사자 일방은 상대방이 그 채무이행을 제공할 때까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있다. 그러나 상대방의 채무가 변제기에 있지 아니하는 때는 그러하지 아니하다.

② 당사자 일방이 상대방에게 먼저 이행하여야 할 경우에 상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에는 전항 전단과 같다.

30) 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 민법안심의록 상권, 1957(이하 ‘민법안심의록 상권’), 311-312면

이러한 입법 과정에서의 논의는 오늘날 불안의 항변권의 이론적 근거를 구성함에 있어서 몇 가지 점을 시사한다.

우선 입법자는 민법 제536조 제2항에 관하여 최소한 문면상으로는 그 이론적 근거로서 사정변경의 원칙을 내세웠고, 이는 독일민법 제321조 및 스위스채무법 제83조의 해석에 관한 전통적인 견해에 바탕한 것이라는 점이다.

당시의 의용민법, 즉 일본민법에서는 불안의 항변권에 관한 명문의 규정을 두지 않았으나 학설상으로는 이미 불안의 항변권을 인정하려는 논의가 다수 존재하고 있었다. 대표적으로 柚木는, 명문의 규정이 없어 요건과 효과에 불명확한 점이 많다는 등의 이유로 신의칙 또는 공평의 원칙에 기하여 불안의 항변권을 인정하는 데에는 소극적이었으나<sup>31)</sup>, 입법론으로서는 구 독일민법(2002년 1월 1일 시행된 「채권법의 현대화에 관한 법률」에 의하여 개정되기 전의 독일민법을 말한다. 이하 같다) 제321조<sup>32)</sup> 등 각국의 입법례를 들어 계약체결 후 상대방의 재산상태가 본질적으로 악화되었을 경우 선이행의무자의 불안의 항변권을 인정하여야 한다고 주장하였다.<sup>33)</sup>

그리고 앞서 본 바와 같은 민법안심의소위의 의견 또한—특히 위 조문에 대한 국내의 독자적인 입법의견 또는 비판론이 기재되어 있지 않은 점에 비추어 볼 때<sup>34)</sup>—일본 학계에서의 기존 연구결과의 영향을 받은 것

---

31) 柚木馨, “所謂「不安の抗辯權」(Einrede der Unsicherheit)”, 民商法雜誌 第5卷 第3号, 1937(이하 ‘柚木’), 447면

32) 구 독일민법 제321조 [재산상태의 악화]

쌍무계약에 기하여 선이행의무를 지는 사람은 계약 체결 후에 상대방의 재산상태가 현저히 악화하여 반대급부청구권이 위태롭게 되는 경우에는 반대급부가 실행되거나 그에 대한 담보가 제공될 때까지는 자신에 의무 있는 급부를 거절할 수 있다.

[조문 번역은 양창수, 독일민법전(신판), 박영사, 2001에 의함]

33) 柚木, 451면

34) 민법초안 제525조에 관한 민법안심의록의 내용 중 ‘외국입법례’ 항목에는



으로 봄이 타당할 것이다.

한편 위와 같은 입법 과정이 주는 또 다른 시사점은, 우리 민법이 불안의 항변권에 관하여 결과적으로는 당시의 독일민법과 그 영향하에 있던 일본 학계의 입장과는 상당히 다른 형태로 입법되었다는 점이다.

구 독일민법 제321조와 일본의 학설 및 「민법전편찬요강」에서는 공통적으로 불안의 항변권이 인정되는 요건으로서 이행곤란사유를 ‘계약 체결 후’ 발생한 상대방의 ‘재산상태의 악화’라는, 대단히 구체적이고 좁은 범위로 한정시키고 있었다. 그러나 민의원의 심의·의결을 거쳐 입법된 민법 제536조 제2항은 불안의 항변권의 요건을 ‘상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유’라고만 정하여, 이행곤란사유의 발생시점 및 그 종류를 특별히 한정하지 않는 개방적인 태도를 취하였다.

입법자가 일종의 입법적 결단에 의하여 태도의 전환을 이룬 것인지, 아니면 기존의 다른 입법례와 동일한 이론적 근거를 취하면서 다소 포괄적인 문언을 선택한 것에 그친 것인지에 관해서는 이를 판단할 수 있는 자료가 발견되지 않는다. 그러나 우리 민법이 불안의 항변권에 관하여 이와 같은 형태로 규정을 두었다는 사실은, 불안의 항변권에 관한 민법 제536조 제2항을 선불리 독일민법과 같은 취지의 규정으로 단정하고 그 의미를 축소하여 해석하는 것은 조문으로써 표출된 입법자의 의도에 부합하지 않을 가능성이 있다는 점을 시사한다.

## 2. 학설 및 판례

---

구 독일민법 제320조 및 제321조, 스위스채무법 제82조 및 제83조, 프랑스민법 제1612조, 중화민국민법 제263조 제1항, 만주국민법 제523조의 내용이 열거되어 있으나 ‘국내입법의견’ 및 ‘비판’ 항목은 공란이다. 민법안심의록 상권, 311-312면

## 가. 학설

우리의 통설은 앞서 본 바와 같은 「민법안심의록」의 입법의견과 마찬가지로 ‘공평의 원칙과 신의칙을 바탕으로 하는 사정변경의 원칙’이 불안의 항변권의 이론적 근거를 이루는 것으로 보고 있다.<sup>35)</sup>

그러나 이에 대해서 일방당사자가 선이행하고 나서 타방당사자의 후이행이 따르지 않을 것이 거의 확실하다면 이행상의 견련성이 깨진다고 볼 수 있으므로, 불안의 항변권은 사정변경의 효과로서 주어지는 것이 아니라 쌍무계약의 상환채무 사이에 이행상 견련성이 깨지는 것을 방지하기 위하여 부여되는 것이라는 견해가 있다.<sup>36)</sup>

또한 불안의 항변권이 선이행의 합의에도 불구하고 선이행의무자에게 이행거절권능을 부여하는 제도라는 전제하에<sup>37)</sup>, 계약이행에 대한 일방당사자의 기대와 신뢰를 보호하고 장래에 발생할 것이 예상되는 손해로부터 채권자를 방어하기 위하여 불안의 항변권이 부여된다는 견해도 존재한다.<sup>38)</sup>

## 나. 판례

판례는 불안의 항변권에 관하여 “민법 제536조 제2항 소정의 이른바 불안의 항변권 행사를 정당화시켜주는 사정변경”<sup>39)</sup>, “민법 제536조 제2항은…(중략)…계약성립 후…(중략)…반대급부를 이행받을 수 없는 사정변경이 생기고 이로 인하여 당초의 계약내용에 따른 선이행의무를 이

35) 곽윤직, 63면; 김형배, 154-155면; 민법주해[XIII], 31면

36) 이은영, 162면

37) 불안의 항변권을 당사자 사이의 약정에 대한 수정 또는 변경이라고 보는 점에서는 불안의 항변권의 이론적 근거를 사정변경의 원칙에 두는 견해와 동일하다고 볼 수 있다.

38) 정종휴, 612-613면

39) 대법원 1989. 9. 12. 선고 88다카11756 판결

행하게 하는 것이 공평과 신의칙에 반하게 되는 경우를 말한다.”<sup>40)</sup>라고 판시함으로써, 각 판결의 구체적인 내용에 비추어 볼 때 그것이 실질적으로 사정변경의 원칙과 부합하는지 여부는 별론으로 하고, 문면상으로는 일관되게 불안의 항변권이 사정변경의 원칙에 이론적 근거를 두고 있는 것과 같이 보고 있다.

### 3. 독일민법의 입법 과정에서의 논의 및 학설

#### 가. 구 독일민법 제321조의 입법 과정

1874년의 준비위원회(Vorkommission) 보고서 및 1887년의 제1초안에는 불안의 항변권을 규정한 구 독일민법 제321조에 상응하는 규정이 포함되어 있지 않았으나, 소비대차의 예약에 관한 제458조에서 유사한 내용을 두고 있었다.<sup>41)</sup>

1890년부터 활동한 제2위원회에 최초로 상정된 입법안은 제272조에서 불안의 항변권에 관한 규정을 두었다. 구 독일민법 제321조와 달리 위 입법안 제272조에서는 제1항과 제2항을 나누어 규정하였는데, 제1항은 구 독일민법 제321조와 거의 동일한 내용이다. 한편 제2항은 다음과 같다.

“계약체결 전에 이미 반대급부청구권을 위태롭게 할 만한 사정이 발생하여 있었으나 선이행의무를 지는 당사자가 주의를 다하였음에도 그

---

40) 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카24335 판결; 대법원 2002. 11. 26. 선고 2001다833 판결; 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다93025 판결 등

41) Soergel/Gsell, BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 2 Schuldrecht 2, 13. Aufl, Stuttgart: Kohlhammer, 2005(이하 ‘Soergel/Gsell’), §321, Rn. 2

러한 사정을 인식하지 못한 경우에도 전향과 같다.”

그러나 제2위원회는 1895년 제2초안을 작성하면서 제272조 제1항만을 받아들이고 제2항은 입법하지 않았다. 제2초안의 의사록(Protokolle)에서는 제1항의 경우는 공평의 원칙에 의하여 제한된 범위에서 *clausula rebus sic stantibus* 원칙<sup>42)</sup>이 받아들여진 것으로서 타당하다고 판단하였으나<sup>43)</sup>, 제2항의 경우는 ① 계약 당시 존재하였으나 선이행의무자가 이를 인식하지 못하고 의무를 부담한 것은 계약의 효력에 영향을 미칠 수 없는 동기의 착오에 해당하는 점, ② 선이행의무의 상대방이 자신의 신용 상태에 관한 모든 중요한 사정을 공개할 의무를 부담한다고 볼 수 없고 이는 선이행의무자가 스스로 조사하여 파악하여야 하는 점, ③ 상대방이 사기를 저지른 경우에는 선이행의무자에게 충분한 구제수단이 부여되어 있는 점 등의 이유로 거부하였다.<sup>44)</sup>

이후 제2초안 제272조가 약간의 자구수정을 거쳐 의결됨으로써 1900년 1월 1일자로 구 독일민법 제321조가 시행되기에 이르렀다.

## 나. 독일의 학설

독일민법의 입법자가 사정불변경조항을 기초로 구 독일민법 제321조를 입법한 점 등을 들어, 불안의 항변권의 이론적 근거를 사정변경의 원칙 내지 객관적 행위기초론에 두는 견해가 독일의 전통적인 견해이다.<sup>45)</sup>

42) 중세 카논법(*ius canonici*)의 이론으로서 “‘만일에 사물이 그대로 있었다면’이라는 조항”이라는 의미이다. 오늘날 사정변경의 원칙의 기원이라고 평가받는다. 곽윤직, 92-93면; 정조근, 사정변경의 비교법적 연구, 제일문화사, 1982, 11-12면. 이하에서는 ‘사정불변경조항’이라 한다.

43) Soergel/Gsell, §321, Rn. 2

44) 松井, 76-78면

45) Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl, München: Beck, 2012(이하 ‘MüKoBGB/Emmerich’), §321, Rn. 2; Soergel/Gsell, §321, Rn. 6; Staudinger/Schwarze, Staudingers Kommentar zum BGB, Berlin: Sellier

이러한 견해는 구 독일민법 제321조가 정하는 요건인 ‘상대방의 재산상태의 현저한 악화’로 인하여 쌍무계약의 객관적 행위기초가 상실되었기 때문에 선이행의무자에게 불안의 항변권이 부여된다고 본다.<sup>46)</sup>

그러나 객관적 행위기초론이 적용되기 위한 ‘객관적 행위기초의 상실’은 각 급부의 대가관계가 파탄에 이르거나 계약목적 달성을 것이 불가능할 정도에 이르는 것이어야 하는데, ‘재산상태의 현저한 악화’는 이에 미치지 못하므로 결국 불안의 항변권의 이론적 근거는 객관적 행위기초론이 아니라 선이행의무자가 계약 시에 상대방에게 부여한 신뢰에 대한 보호필요성에 있다는 견해 또한 존재한다.<sup>47)</sup>

나아가 불안의 항변권의 이론적 근거를 ‘견련적 채권관계의 목적구조’(die Zweckstruktur der synallagmatischen Schuldverhältnisse)에 두는 견해도 존재한다. 이러한 견해는, 각 채무가 동시이행의 관계에 있는 경우 계약의 목적인 급부 사이의 상호교환성(대가관계)이 동시이행의 항변권에 의하여 보다 강력하게 담보되기는 하나, 일방당사자가 선이행의무를 부담하는 경우에도 견련관계가 악화될 뿐 상호교환성 자체가 소멸하는 것은 아니고, 따라서 반대급부청구권이 위태롭게 되는 때에도 선이행의무자의 의무이행을 강제하는 것은 쌍무계약의 목적에 부합하지 않으며, 불안의 항변권은 쌍무계약의 본질인 이러한 급부 간의 대가관계를 드러내는 것이라고 본다.<sup>48)</sup>

---

de Gruyter, 2015(이하 ‘Staudinger/Schwarze’), §321, Rn. 10

46) Medicus/Lorenz, Rn. 487; Staudinger/Otto, Staudingers Kommentar zum BGB, 13. Aufl, Berlin: Sellier de Gruyter, 1995(이하 ‘Staudinger/Otto’), §321, Rn. 1, 2.

47) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 14. Aufl, München: Beck, 1987, 102면, 207면

48) Gernhuber, Das Schuldverhältniss, Tübingen: Mohr, 1989(이하 ‘Gernhuber’), 364-365면; Soergel/Gsell, §321, Rn. 7; Staudinger/Schwarze, §321, Rn. 11, 12

#### 4. 일본의 학설

일본민법은 불안의 항변권에 관하여 명문의 규정을 두지 않았다. 그러나 앞서 본 바와 같은 입법론적 논의를 거쳐, 제2차 세계대전 이후 일본의 통설<sup>49)</sup>과 판례<sup>50)</sup>는 해석론으로서 선이행의무자의 불안의 항변권을 인정한다.

일본에서도 독일과 마찬가지로 불안의 항변권의 이론적 근거로서 사정변경의 원칙을 드는 것이 통설이다. 대표적으로 潮見는 선이행의무자는 반대급부를 이행받기까지 발생할 수 있는 위험과 그에 따른 비용을 고려한 다음 스스로 선이행의무를 부담하였으므로, 불안의 항변권을 넓게 인정하는 것은 자기결정에 의한 자기책임 또는 계약의 구속력과 정면으로 충돌하며, 따라서 일반이론으로서의 불안의 항변권의 가능성을 인정한다고 해도 사정변경의 원칙이 적용되는 것과 동등하게 평가되는 사태가 발생한 경우에만 그쳐야 한다고 주장한다.<sup>51)</sup>

그러나 이에 대해서는 일방당사자가 선이행의무를 부담하는 경우 비록 이행상의 견련관계는 희박해지지만 쌍무계약의 목적구조 자체는 존속하는데, 반대급부청구권이 위태롭게 되는 경우에는 그러한 대가관계 내지 이행상의 견련관계가 유지될 수 없는 상태에 처하므로 선이행의무자에게 불안의 항변권이 부여되는 것이라는 견해가 있다.<sup>52)</sup>

49) 대표적으로 我妻榮, 債權各論 上卷, 岩波書店, 1954, 84면; 神崎克郎, “信用売買における不安の抗弁権”, 神戸法學雜誌 第16卷 第1号, 第2号, 神戸法學會, 1966(이하 ‘神崎’), 439면; 清水元, “不安の抗辯権”, 現代契約法大系 第2卷(遠藤浩, 林良平, 水本浩 監修), 有斐閣, 1984(이하 ‘清水’), 79면; 内田勝一, “継続的取引関係と不安の抗弁権”, ジュリストウ 812号, 1984(이하 ‘内田’), 122면 이하; 須永知彦, “履行期前における反対給付請求權の危殆化(一)(二:完)”, 民商法雜誌 第111卷 第3号 395면 이하 및 第4号 707면 이하, 1994-1995(이하 ‘須永’); 潮見佳男, 債權總論 I, 信山社, 2003(이하 ‘潮見’), 186면 이하 등

50) 東京地判 1974. 9. 12.(判例時報 772号 71頁); 東京地判 1977. 7. 22.(判例時報 880号 51頁); 東京高判 1981. 2. 26.(判例時報 1000号 87頁) 등

51) 潮見, 191-192면

그밖에 ① 선이행의무자는 상대방에게 신용을 공여한 것이 되는데 선이행권리자의 재산상태가 악화됨으로써 그러한 신용공여의 기초가 상실된 때에는 동시이행의 원칙으로 돌아가 대가관계를 유지시키는 것이 일반거래의 관점에서 합리적이고, 따라서 당사자 사이에 명문의 약정이 없더라도 그러한 경우에는 선이행의무자에게 불안의 항변권을 부여하고자 하는 것이 당사자의 묵시적인 의사에 부합한다는 견해<sup>53)</sup>, ② 선이행권리자는 향후 이행을 받을 것이라는 선이행의무자의 정당한 신뢰를 보호하여야 할 신의칙상의 의무를 부담하고 있고, 재산상태의 악화는 이러한 의무를 위반한 것이므로 선이행의무자에게 불안의 항변권이 부여된다는 견해<sup>54)</sup> 등도 존재한다.

## 5. 이론적 근거로서의 사정변경의 원칙에 대한 비판적 검토

### 가. 사정변경의 원칙의 의의

사정변경의 원칙이란, 법률행위 특히 계약의 성립 당시에 있었던 환경 또는 그 행위를 하게 된 기초가 되는 사정이 그 후 현저하게 변경되어, 당초에 정하여졌던 행위의 효과 내지 계약의 내용을 그대로 유지하고 강제하는 것이 신의칙과 공평의 원리에 반하는 부당한 결과를 가져오는 경우에는, 당사자가 그 법률행위의 효과를 신의·공평에 맞도록 변경하거나 소멸시킬 수 있다는 원칙을 말한다.<sup>55)</sup>

52) 須永 第3号, 419면 이하

53) 神崎, 460면 이하

54) 清水, 95면 이하

55) 곽윤직, 92면; 민법주해[XIII], 8-9면(유원규 집필부분), 245면(김용덕 집필부분)

판례는 제한적으로 사정변경에 의한 계약의 해제를 인정한다. 대표적으로 대법원 2007. 3. 29. 선고 2004다31302 판결은 다음과 같이 판시하고 있다.

“이른바 사정변경으로 인한 계약해제는, 계약성립 당시 당사자가 예견할 수 없었던 현저한 사정의 변경이 발생하였고 그러한 사정의 변경이 해제권을 취득하는 당사자에게 책임 없는 사유로 생긴 것으로서, 계약내용대로의 구속력을 인정한다면 신의칙에 현저히 반하는 결과가 생기는 경우에 계약준수 원칙의 예외로서 인정되는 것이고, 여기에서 말하는 사정이라 함은 계약의 기초가 되었던 객관적인 사정으로서, 일방당사자의 주관적 또는 개인적인 사정을 의미하는 것은 아니다. 또한, 계약의 성립에 기초가 되지 아니한 사정이 그 후 변경되어 일방당사자가 계약 당시 의도한 계약목적을 달성할 수 없게 됨으로써 손해를 입게 되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 계약내용의 효력을 그대로 유지하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 수도 없다.”

## 나. 불안의 항변권과 사정변경의 원칙

### 1) 서론

사정변경의 원칙을 민법 제536조 제2항이 정하는 불안의 항변권의 이론적 근거로 드는 것이 통설의 입장임은 앞서 본 바와 같다. 그러나 아래에서 보는 바와 같이 이러한 견해는 이론적 정합성의 면에서 의문이 있을 뿐만 아니라, 구체적 사실관계에 비추어 고찰한 우리 판례의 실질적 입장과도 명확히 들어맞지 않는다. 순서대로 살펴본다.



## 2) 불안의 항변권과 사정변경의 원칙의 이론적 정합 여부

사정변경의 원칙은 계약의 기초가 된 객관적인 사정이 사후적으로 변경되었기 때문에 원래의 계약내용을 관철하는 것은 신의칙에 반한다는 점을 들어 계약의 내용을 수정·변경하는 것이다. 潮見의 견해에서 보듯이, 불안의 항변권의 이론적 근거로서 사정변경의 원칙을 드는 학설은 다음과 같은 명제를 전제로 한다.

① 쌍무계약에서 선이행의무자는 상대방이 반대급부를 불이행할 위험이 있다는 사실을 알면서도 스스로 선이행의무를 부담한 것이다. 따라서 반대급부가 이행되지 않을 위험이 있음을 들어 자신의 선이행의무의 이행을 정지하는 것은 당초 당사자가 합의한 계약의 내용을 수정 또는 변경하는 것이다.

② 선이행권리자가 반대급부를 이행할 것이라는 점은 계약성립의 기초가 되는 객관적인 사정에 해당하고, 그것이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에도 계약의 내용을 그대로 유지하고 강제하는 것은 신의칙에 반한다.

먼저 ① 명제에 관하여 본다. 쌍무계약에 있어서 동시이행의 항변권이 각 당사자가 상대방으로부터 반대급부를 확실히 이행받기 위한 단순하면서도 어떤 의미에서는 가장 강력한 담보임은 再論을 요하지 않는다. 또한 선이행의무자는, 그 이유는 매우 다양할 것이나, 그러한 담보를 포기할 것을 스스로 선택한 이상 그 보호를 받을 수 없다는 점도 당연하다. 그리고 불안의 항변권의 이론적 근거를 사정변경의 원칙에 두는 견해는, 이렇듯 선이행의무자가 동시이행관계가 아닌 선후이행관계를 선택한 것을 곧 상대방으로부터 반대급부의 이행을 받지 못할 위험을 인수한

것과 동일하게 보는 듯한 인상을 준다.

그러나 선이행의무자가 자신의 권리에 대한 담보를 포기하였다고 하여도 쌍무계약인 이상 선이행의무와 반대급부는 서로 ‘받기 위하여 주는’ 관계에 있는 점, 그렇기 때문에 반대급부가 불능에 이르거나 상대방이 이를 이행하지 않을 것이 선이행의무의 이행 이전에 종국적으로 명확하여졌다면 선이행의무 또한 이행되어서는 안 되는 점은 동시이행관계에 있어서와 다를 것이 없다. 그리고 그러한 급부 간의 전련성이 계약관계의 대전제를 이루고 있는 이상 선이행의무자가 상대방보다 먼저 자신의 의무를 이행하기로 약정하였다고 하더라도, 그것이 계약체결 당시의 제반 사정—예를 들어 선이행의무자가 반대급부의 이행이 곤란할 사유를 인식하였거나 인식할 수 있었는지 여부 및 그러한 사정이 계약의 세부조건에 반영된 경위와 영향을 미친 정도 등—에 비추어 특정한 이행 곤란사유로 인한 위험을 인수하였다고 볼 수 있는 근거가 될 수 있음은 별론으로 하더라도(아래에서 보는 바와 같이 이는 불안의 항변권의 소극 요건이다), 그 자체로 선이행의무자가 곧바로 반대급부불이행의 위험을 인수하였다고 간주하는 것은 선이행의무자의 의사를 지나치게 단순하게 해석한 것이라고 생각된다.

따라서 불안의 항변권은 각 급부를 대가관계에 있는 것으로 정한 당사자의 합의를 근거로 하여, 상대방의 반대급부가 불능이 되면 이미 이행한 선이행의무의 반환을 청구할 수 있는 것과 마찬가지로, 반대급부에 이행이 곤란할 현저한 사유가 존재한다면 자신의 이행을 정지할 수 있음을 정한 것으로 보는 것이 보다 자연스럽다. 그리고 쌍무계약을 체결하면서 선이행의무자가 향후 상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에도 민법 제536조 제2항의 적용을 배제함으로써 불안의 항변권을 포기하겠다는 명시적인 의사를 표시하는 경우가 오히려 예외적인 경우에 해당한다고 보아야 할 것이다.

다음으로 ② 명제에 관하여 보면, 어떤 계약에서 상대방의 채무가 불이행될 위험은 예외적인 것이 아니라 오히려 채무의 본질에 해당하는 것이고, 그렇기 때문에 그러한 위험이 현실화되었다고 하여 이를 계약의 기초를 이루는 사정이 변경된 것으로 볼 수 없다. 예를 들어 동시이행관계의 쌍무계약에서 일방당사자의 채무가 재산상태의 악화, 목적물의 멸실 등 각종 사유로 인하여 지체 또는 불능에 빠진다고 하여도, 이에 대하여 “계약의 기초를 이루는 객관적인 사정이 변경되었기 때문에 상대방의 반대급부를 그대로 강제하는 것은 신의칙에 반한다.” 라고 이론을 구성하는 학설은 발견하기 어렵다. 단지 그 원인과 귀책사유의 존부 등에 따라 채무불이행 또는 위험부담, 그리고 그에 뒤이은 계약해제, 손해배상, 부당이득 등의 적용 여부만이 문제될 뿐이다. 그렇다면 선후이행관계의 쌍무계약에서 상대방의 반대급부 이행이 곤란할 현저한 사유가 존재하는 경우 또한, 동시이행관계에서 동시이행의 항변권이 작동하는 국면과 마찬가지로 선이행의무자의 권리에 내재하여 있던 위험이 현실화함에 따라 불안의 항변권이라는 이행거절권능이 작동하는 것으로 보아야 하고, 이에 대하여 사정변경의 법칙을 적용하는 것은 타당하지 않다.

결론적으로 민법 제536조 제2항이 정하는 불안의 항변권의 이론적 근거로 사정변경의 원칙을 드는 것은 그 이론적 정합성에 상당한 문제점을 내포하고 있다고 판단된다.

### 3) 구체적인 사실관계에 비추어 본 판례의 태도

판례가 불안의 항변권의 이론적 근거로서 문면상으로는 ‘사정변경의 원칙’ 또는 ‘공평과 신의칙’을 들고 있음은 앞서 본 바와 같다. 그러나 선이행의무자에게 불안의 항변권을 인정한 판례의 구체적인 사실관계를 살펴보면 과연 불안의 항변권의 이론적 근거로서 사정변경의 원

칙을 전제하고 있는 것인지 의심스럽다.

우선, 아래와 같이 다수의 대법원 판결은 계약체결 전부터 이미 존재하여 온 사정이더라도 그로 인하여 상대방의 반대급부 이행이 곤란할 현저한 사유에 해당하는 경우 선이행의무자에게 불안의 항변권을 인정하고 있다.

① 대법원 1974. 6. 11. 선고 73다1632 판결

등기명의인이 매도인이 아니라 제3자 명의로 되어 있는 부동산의 매매계약을 체결한 이후 매수인이 이를 발견하고 선이행의무인 중도금 지급의무를 이행하지 않은 사안에서, 대법원은 매매계약 당시 매도인이 제3자가 등기명의인인 사실을 알리지 않았다면 “매매목적물이 제3자 소유명의로 등기되어 있는 사유를 설명하고, 사실은 자기가 적법한 처분권자임을 인정할만한 자료를 제시하는 등 원고로 하여금 장차의 소유권취득에 대하여는 불안감을 가짐이 없이 나머지 대금의 지급의무를 수행할 수 있는 상태에 이르게 하지 아니하고서는, 비록 선행의무에 해당하는 중도금지급의무라 하더라도 그 지급을 거절할 수 있다.” 라고 판시하였다.<sup>56)</sup>

② 대법원 1997. 7. 25. 선고 97다5541 판결

중고자동차 매매시장 용지인 토지의 매매계약을 체결하였으나 매매계약 당시의 도시계획에 따르면 매매목적토지에 중고자동차 매매시장을 설치할 수 없었던 사안에서, 대법원은 매수인이 “그 목적 달성에 장애가 되는 법적 규제가 해소된 날까지는 대금채무의 이행을 거절할 수

---

56) 대법원은 당해 판결에서 민법 제588조에 따른 매수인의 대금지급거절권을 이유로 중도금의 지급을 거절할 수 있었는지 여부를 주로 판단하고 있다. 그러나 위 판결에서 대법원은 매수인의 대금지급거절권을 인정함과 아울러 “민법 제536조 제2항의 규정취지 또한 그러하다.” 라고 판시하고 있고 앞서 본 바와 같이 불안의 항변권과 매수인의 대금지급거절권이 경합하여 발생할 수 있음을 판례가 명시적으로 인정하고 있는 이상, 당해 판결에서의 대법원의 판시는 불안의 항변권에 대해서도 적용될 수 있다고 보아야 할 것이다.

있는 권능을 가지고 있었다.” 라고 판시하였다.

③ 대법원 1999. 7. 9. 선고 98다13754, 13761 판결

매매계약 당시 매매목적부동산에 처분금지가처분등기와 소유권말소예고등기가 기입되어 있었던 사안에서, 대법원은 “매도인은 이와 같은 등기를 말소하여 완전한 소유권이전등기를 해 주어야 할 의무가 있고, 쌍무계약의 당사자 일방이 계약상 선이행의무를 부담하고 있는데 그와 대가관계에 있는 상대방의 채무가 아직 이행기에 이르지 아니하였지만 이행기의 이행이 현저히 불투명하게 된 경우에는 민법 제536조 제2항 및 신의칙에 의하여 그 당사자에게 반대급부의 이행이 확실하여 질 때까지 선이행의무의 이행을 거절할 수 있” 다고 판시하였다. 또한 대법원은 이 판결에서 처분금지가처분등기와 소유권말소예고등기가 기입되어 있었던 사실을 매매계약 당시 매수인이 알고 있었는지 여부에 관해서도 별도로 판단하지 않았다.<sup>57)</sup>

이렇듯 대법원은 다수의 판결에서 계약체결 이전부터 이미 존재하고 있었던 사정이더라도 그것이 선이행의무자가 상대방으로부터 이행을 받기 곤란할 현저한 사유에 해당한다면 그러한 사유가 해소될 때까지 선이행의무자는 자신의 의무이행을 거절할 수 있다는 입장을 보이고 있다.<sup>58)</sup> 그런데 앞서 본 독일민법 제2초안의 의사록이 지적한 바와 같이, 계약 당시 이미 존재하고 있었던 사정에 관한 당사자의 인식 문제는 본질적으로 동기의 착오에 해당하는지 여부가 문제될 수 있을 뿐이고 사정변경의 원칙이 적용되는 영역은 아니라는 점에서, 이러한 판례의 입장은 불안의 항변권의 이론적 근거를 사정변경의 원칙에 두는 견해와 부합하

57) 매수인이 계약체결 당시 이행곤란사유를 인지하고 있었는지, 또는 인지할 수 있었는지에 따라 반드시 불안의 항변권의 발생 여부가 좌우되는 것은 아니다. 이에 관하여는 제4장 제3절 3.항에서 본다.

58) 김동훈, “불안의 항변권의 의의”, 민사법학 제17호, 한국사법행정학회, 1999[이하 ‘김동훈(1999-1)’], 343면

지 않는다.

또한 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다93025 판결은 불안의 항변권이 사정변경의 원칙이 적용되는 ‘계약의 기초가 되었던 객관적인 사정의 변경’의 경우에만 발생하는 것이 아님을 명확히 하였다는 점에서 주목할 만하다. 위 판결은 피고보조참가인에게 화력발전소설비 설치공사 중 일부분을 하도급한 원고가, 피고보조참가인이 근거 없이 공사를 중단하여 하도급계약을 해지하였다는 이유로 피고(공제조합)를 상대로 계약이행보증금의 지급을 구하는 사안에 관한 것이다. 원심(서울고등법원 2011. 10. 12. 선고 2010나22264 판결)은, 추가공사로 인한 피고보조참가인의 기성공사금 청구에 대하여 원고가 추가공사대금을 정산하고 기성공사금을 지급할 계약상 의무가 있음에도 불구하고 더 이상 지급할 기성공사금이 없다고 통보하면서 공사대금 지급의사가 없음을 분명히 하였으므로 피고보조참가인에게 공사 중단의 귀책사유가 없으며, 따라서 피고는 손해배상액의 예정에 해당하는 계약이행보증금을 지급할 의무가 없다는 취지로 판시하였다.

이에 대하여 대법원은 “도급인이 계약 체결 후에 위와 같은 약정을 위반하여 정당한 이유 없이 기성공사금을 지급하지 아니하고 이로 인하여 수급인이 공사를 계속해서 진행하더라도 그 공사내용에 따르는 공사금의 상당 부분을 약정대로 지급받을 것을 합리적으로 기대할 수 없게 되어서 수급인으로 하여금 당초의 계약내용에 따른 선이행의무의 이행을 요구하는 것이 공평에 반하게 되었다면, 비록 도급인에게 신용불안 등과 같은 사정이 없다고 하여도 수급인은 민법 제536조 제2항에 의하여 계속 공사 의무의 이행을 거절할 수 있다고 할 것이다.” 라고 판시하고 원고의 상고를 기각함으로써, 신용불안 또는 재산상태의 악화와 같은 ‘객관적인’ 사정의 변경이 아니라 상대방이 기성공사금을 지급하지 않고 나아가 지급의사가 없음을 분명히 한 것과 같은 사정에 의해서도 불안의 항

변권이 발생할 수 있다고 보았다.

이와 같이 판례는 문면상으로는 불안의 항변권이 사정변경의 원칙에 이론적 근거를 두고 있는 것과 같은 인상을 주는 것<sup>59)</sup>과는 달리 실제로는 구체적인 사실관계에 비추어 ‘상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유’가 존재하는지에 따라 불안의 항변권의 요건이 충족되었는지 여부를 판단하고 있고, 그 결과 사정변경의 원칙과 부합하지 않는 경우까지도 선이행의무자에게 불안의 항변권을 인정하고 있다. 결론적으로 사정변경의 원칙은 판례에서도 불안의 항변권의 이론적 근거로서 별다른 중요성을 갖고 있지 못하다고 보아야 한다.

## 6. CISG 제71조 소정의 이행정지권의 시사점

### 가. CISG 제71조와 민법 제536조 제2항의 유사성

CISG 제71조 제1항은 일방당사자가 선이행의무를 부담하고 있는지에 관계없이 ‘상대방의 이행능력 또는 신용도의 중대한 결함’ ((가)호) 또는 ‘계약의 이행 준비 또는 이행에 관한 상대방의 행위’ ((나)호)를 이유로 “상대방이 의무의 실질적 부분을 이행하지 아니할 것이 판명된 경우에는, 당사자는 자신의 의무이행을 정지할 수 있다.” 라고 정하고 있다.

위와 같은 CISG의 규정은 이행정지권의 발생 요건을 유형별로 구제

---

59) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다93025 판결 또한 그冒頭에서는 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카24335 판결을 인용하여 “선이행채무를 지게 된 채무자가 계약성립 후 채권자의 신용불안이나 재산상태의 악화 등의 사정으로 반대급부를 이행받을 수 없는 사정변경이 생기고 이로 인하여 당초의 계약내용에 따른 선이행의무를 이행하게 하는 것이 공평과 신의칙에 반하게 되는 경우”에 불안의 항변권이 인정된다고 판시하였다.

화하여 제한적으로 규정한 것과 같은 인상을 준다. 그러나 실제로는 상대방의 이행을 곤란하게 하는 사유로 ‘상대방의 이행능력 또는 신용도’와 같은 객관적인 사정뿐만 아니라 ‘계약의 이행 준비 또는 이행에 관한 상대방의 행위’와 같이 행위기초와는 관련 없는 사정까지도 모두 이행정지권의 요건에 포함시킴으로써, 결국 이행정지권의 요건을 포괄적·추상적으로 정하고 있는 것으로 해석되고 있다.<sup>60)</sup>

이러한 CISG 제71조는 요건에 있어서 독일민법 제321조(개정 전·후를 불문한다) 및 스위스채무법 제83조보다는 불안의 항변권의 요건에 관하여 ‘이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때’라는 포괄적·추상적인 규정만을 두고 있는 민법 제536조 제2항과 상통한다. 그렇기에 CISG 제71조의 이론적 근거에 관한 논의 또한 우리 민법의 불안의 항변권의 이론적 근거를 구성하는 데에 적지 않은 시사점을 줄 수 있을 것이다.

#### 나. CISG 제71조에서 정하는 이행정지권의 이론적 근거

통설은 CISG 제71조에서 정하는 이행정지권은 당사자가 약정된 반대급부가 이행되지 않을 것을 충분히 인식할 수 있다면 자신의 의무를 이행할 필요가 없다는 점, 즉 ‘당사자의 주된 급부의 쌍무적 이행관계’ (the principle of concurrent performance of the parties’ main obligations)에 기초하고 있다고 본다.<sup>61)</sup> 그런데 앞서 본 潮見의 견해가 지적인 것과 같이, 우리 민법에서의 불안의 항변권이 적용되는 국면, 즉 일방당사자가 선이행의무를 부담하기로 약정한 경우에도 이러한 급부의 쌍무적 이행관계 내지 대가관계가 유지되는 것으로 볼 수 있는가 하는 문제를 제

---

60) Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 71, Para. 9에서는 “CISG의 입법자가 이행정지의 요건을 특정하여 객관화하고자 시도하였으나, 조항의 범위가 지나치게 광범위한 탓에 당사자의 이행능력에 영향을 미치는 것이기만 하면 어떠한 사정이든 포함되게 되었다.” 라고 한다.

61) Schlechtriem/Schwenzer, Art. 71, Para. 4



기할 수 있다.

이에 관해서는 CISG의 제정 당시의 논의를 검토할 필요가 있다. CISG를 제정한 UN국제상거래법위원회(UNCITRAL)의 전체위원회에서 CISG 초안 제47조(현재의 제71조)를 삭제하고자 하는 의견이 제기되었을 당시, “통상적인 거래에서 계약 당사자의 관심사는 이행기가 도래하면 상대방이 실제로 채무를 이행할 것인가에 있고, 본 조항은 이를 반영하고 있다.” 라는 견해가 다수를 차지하여 위 조항은 그대로 유지되었다.<sup>62)</sup> 이러한 전체위원회의 다수 견해는, CISG의 입법의도가 상대방이 계약을 이행할 것이라는 일방당사자의 기대를 보호하는 데에 있고, 나아가 그러한 기대가 배신된 경우라도 기대를 품은 당사자의 손해를 방지하기 위하여 대가관계의 발현으로서의 이행정지권을 인정하는 것으로 해석되고 있다.<sup>63)</sup>

결론적으로 CISG 제71조에 관한 통설은, 각 당사자의 의무가 동시이행의 관계에 있든 그렇지 않든 관계없이, 급부의 대가관계를 보호하고 일방당사자가 불측의 손해를 입는 것을 방지하는 데에 이행정지권의 이론적 근거가 있다고 해석하고 있는 것이다.

## 7. 소결: 급부의 대가관계와 이에 기초한 위험의 적정한 배분

통설이 불안의 항변권의 이론적 근거를 사정변경의 원칙에 두고 있는 것은 민법의 입법 당시 독일과 일본의 통설로부터 받은 영향이 적지 않으리라고 추측할 수 있다. 독일민법의 입법자가 불안의 항변권을 사정불

---

62) Honnold, Documentary History of the Uniform Law for International Sales, Denventer, Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989(이하 'Honnold'), 347, Para. 402

63) Honnold, 347, Para. 402

변경조항의 연장선상에서 사고하였던 점, 그 결과 입법된 구 독일민법 제321조가 불안의 항변권의 요건을 명시적으로 ‘계약 체결 후’에 상대방의 ‘재산상태’가 현저히 악화한 경우로 좁게 한정하고 있었던 점, 일본민법이 불안의 항변권에 대한 조항을 두지 않음으로써 일본의 학설과 판례가 해석론만으로 불안의 항변권을 폭넓게 인정하는 데에 상당한 주저가 있었고 자연히 신의칙의 연장선상에 있는 사정변경의 원칙에 기대어 불안의 항변권을 좁게 인정하였던 구 독일민법의 해석론이 일본민법에 있어서도 설득력을 가질 수 있었던 점 등의 사정을 고려하면, 독일과 일본의 전통적인 견해가 불안의 항변권의 이론적 근거를 사정변경의 원칙에 둔 것은 충분히 이해할 수 있다.

그러나 민법 제536조 제2항은, 비록 입법자의 의도가 명확하지는 않으나, 명문으로 세세한 요건을 정한 구 독일민법 제321조와는 입법의 형태를 달리하고 있으므로 자연히 그 해석론에 있어서도 사정변경의 원칙을 바탕으로 한 구 독일민법의 학설과 다른 접근방법을 취할 여지가 있다. 우리 민법에서의 불안의 항변권과 사정변경의 원칙은 이론적으로도 정합성이 낮을 뿐만 아니라 실무에 있어서도 실제로는 별다른 관련성을 가지지 못한 채로 운용되고 있다. 그렇다면 불안의 항변권의 이론적 근거는 사정변경의 원칙이 아닌 다른 데에 있다고 봄이 타당할 것이다.

앞서 살펴본 여러 견해가 지적인 대로, 쌍무계약에서는 일방당사자가 선이행의무를 부담하는 경우에도 급부의 대가관계는 계속 유지되고 반대급부가 종국적으로 이행될 수 없을 때 선이행의무자 또한 자신의 의무를 면한다. 그렇다면 반대급부가 불능에 이르지 않는다고 하더라도 그 이행이 곤란할 현저한 사유가 있다면 선이행의무자에게 의무이행을 거절할 수 있도록 불안의 항변권을 부여하는 것은 쌍무계약의 본질에 부합하는 것일 뿐만 아니라 거래계의 현실과 당사자의 의사에도 합치된다. 다시 말해 불안의 항변권은, 쌍무계약의 수정원리로서의 사정변경의 원칙이 아니

라, 쌍무계약의 본질인 ‘급부의 대가관계’에 그 이론적 근거를 두고 있다고 보아야 한다.

또한 불안의 항변권은 쌍무계약이 성립되고 이행기를 지나 이행되고 종료되는 전반적인 과정 속에서 ① 계약 성립시의 쟁점을 주로 다루는 공서양속위반, 비진의표시, 통정허위표시, 의사표시의 착오, 사기 또는 강박, ② 계약의 이행기 이후의 문제를 주로 다루는 채무불이행, 담보책임 및 계약해제 등의 법제도와는 달리, ③ 계약의 성립 이후 반대급부의 이행기가 도래하기 이전의 단계를 주로 다루는 법제도로서의 의의를 갖는다.<sup>64)</sup> 계약의 성립 이후의 단계에서 위험부담(민법 제537조, 제538조)의 법리가 반대급부가 종국적으로 불능에 이른 경우에 채권자와 채무자 사이의 위험의 배분을 규율한다면, 불안의 항변권은 반대급부가 불능에 이르지 않는 경우 그 이행이 곤란할 현저한 사유가 존재하는 경우에 채권자(선이행권리자)와 채무자(선이행의무자)에게 적정하게 위험을 배분하는 기능을 수행한다고 볼 수 있다.<sup>65)</sup>

## 제 2 절 불안의 항변권의 법적 성질

---

64) 松井, 38-39면

65) CISG 제5장 제1절이 ‘이행기 전[2005. 2. 28. 판보에 게재된 CISG 국문본에는 ‘이행이전’이라고 되어 있으나 그 의미상 ‘이행기 전’이 보다 적절한 번역으로 판단된다. 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010(이하 ‘석광현’), 503면]의 계약위반과 분할인도계약’이라는 표제하에 제71조는 ‘상대방이 의무의 실질적 부분을 이행하지 않을 것이 판명된 경우’의 이행정지권을, 제72조는 ‘당사자 일방이 본질적 계약위반을 할 것이 명백한 경우’의 계약해제권을 나란히 정하고 있는 것은 이러한 관계를 보다 명확히 드러낸 것으로 판단된다.

## 1. 서론

동시이행의 항변권과 별도로 불안의 항변권의 법적 성질을 논하는 학설 또는 판례는 발견하기 어렵다. 그러나 불안의 항변권에 관한 법이론을 일관되게 구성하기 위해서는 먼저 그 성질을 명확히 밝혀둘 필요가 있다.

동시이행의 항변권의 법적 성질에 관하여는 이미 국내·외를 불문하고 오랜 기간의 연구성과가 누적되어 있다. 본 논문에서 이를 모두 다루는 것은 그 목적을 벗어나는 것으로 판단되므로, 필요한 범위 내에서 간략하게나마 동시이행의 항변권에 관한 제반 논의를 검토한 다음 이를 바탕으로 불안의 항변권의 법적 성질을 정리하기로 한다.

## 2. ‘항변권’ 또는 ‘청구권 행사의 요건’

민법 제536조 제1항이 정하는 쌍무계약에서의 동시이행관계의 법적 성질에 관해서는, 채권자의 청구권과 이에 대응하는 채무자의 항변권(Einrede)으로 구성하는 견해(‘항변권설’)와 쌍무계약의 채권자가 청구권을 행사하기 위한 요건으로서 반대급부의 이행 또는 이행제공이 필요하다는 견해(‘청구권 요건설’)가 대립하여 왔다.

항변권설은 쌍무계약의 채권자는 항변권이 부착되어 있는지 여부를 불문하고 채무자에게 청구권을 행사할 수 있으나, 채무자 또한 이에 대응하는 이행거절권능, 즉 동시이행의 항변권을 갖고 있는 것으로 본다.<sup>66)</sup> 판례 또한 이와 같은 법적 구성을 취하고 있다.<sup>67)</sup> 반면 청구권 요건설은

---

66) 박윤직, 61면;

67) 대법원 1990. 11. 27. 선고 90다카25222 판결 등

쌍무계약관계에 있는 각 당사자가 갖는 청구권은 본래의 성질상 자신의 채무이행을 제공하여야만 상대방의 이행을 청구할 수 있으므로, 민법 제 536조 제1항은 그러한 쌍무계약에서의 청구권 행사의 요건을 정한 것으로 본다.<sup>68)</sup>

민법 제536조 제1항이 “상대방이 그 채무이행을 제공할 때까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있다.” 라고 정함으로써 스위스채무법 제82조와 달리 채무자에게 이행거절권능을 부여하는 구조를 취하고 있는 이상, 쌍무계약의 동시이행관계는 청구권 요건설이 아니라 항변권설에 따라 법이론을 구성하는 것이 타당하다고 생각된다. 청구권 요건설이 쌍무계약관계에서 이행지체저지효, 상계금지효 등이 당연히 발생하는 점을 상대적으로 간명히 설명할 수 있는 것은 사실이나, 항변권설 또한 그러한 법적 효과를 설명하는 데에 별다른 지장이 없으므로(이에 관하여는 제5장 제3절에서 상세히 본다), 이를 이유로 조문의 규정형태와 달리 이론을 구성할 필요는 없을 것이다. 또한 청구권 요건설은 항변권설과 달리 상환이행판결에 의한 분쟁의 일회적 해결을 도외시하게 되는 문제가 있다.

나아가 민법 제536조 제2항에 관하여 보면 청구권 요건설은 동시이행관계에서보다도 설득력이 떨어진다고<sup>69)</sup> 선이행권리자는 쌍무계약의 성립 당시 아무런 제한 없이 선이행의무자를 상대로 청구권을 행사할 수 있는 것이 원칙인데, 이행곤란사유가 존재한다는 이유로(특히 사후적으로 발생한 경우) 이미 충족된 청구권 행사의 요건이 흠결된 것으로 보는 것은 무리한 해석이기 때문이다. 선이행권리자가 청구권을 행사하기 위해서는 ‘자신의 반대급부 이행이 현저히 곤란하지 않을 상태를 유지할 것’ 이

68) 김형배, 147-151면. 제철웅, “민법 제536조의 동시이행의 항변권에 관한 몇 가지 문제”, 인권과 정의 제241호, 대한변호사협회, 1996 또한 같은 입장이다.

69) 임건면, “쌍무계약에 있어서의 동시이행의 항변권과 불안의 항변권”, 비교사법 제4권 제1호, 한국비교사법학회, 1997(이하 ‘임건면’), 345면은 동시이행관계에 있어서는 청구권 요건설을 취하면서도 불안의 항변권에 관하여는 항변권설을 취하고 있다.

라는 요건을 충족시켜야 한다고 구성하기보다는 선이행의무자에게 불안의 항변권을 부여하는 것이 민법 제536조 제2항의 해석론으로서 훨씬 간명하고 이론정합적이므로, 동시이행관계에서와 마찬가지로 불안의 항변권에 있어서도 청구권 요건설이 아니라 항변권설을 취하는 것이 타당하다.

### 3. ‘실체법상 권리’ 또는 ‘소송법상 권리’

항변권설에 따라 민법 제536조를 동시이행의 항변권(제1항) 및 불안의 항변권(제2항)을 정한 것으로 볼 경우, 그러한 항변권을 실체적 권리관계에 직접 영향을 미치는 ‘실체법상 권리’로 볼 것인지, 아니면 소송절차에서의 권리인 ‘소송법상 권리’로 볼 것인지의 견해대립이 있다.

동시이행의 항변권을 소송법상 권리로 보는 견해는 동시이행관계의 법적 이론구성에 관한 견해대립에서 주로 청구권 요건설을 취하고 있으며<sup>70)</sup>, 항변권설을 취하는 견해가 소송법상 권리설을 주장하는 경우는 발견하기 어렵다. 다만 항변권설과 함께 실체법적 권리설을 취하면서도, 항변권이란 개념 자체가 실체법상의 권리로 전환된 것이 그리 오래되지 않은 미완성의 것이므로 해석론에 있어서 항변권이라는 개념에 지나치게 얽매일 필요는 없으며, 소송절차에서 행사함으로써 항변권자의 패소를 막는다는 절차법적 기능이 강한 권리인 것은 사실이므로 ‘항변권’의 개념보다는 ‘동시이행관계’ 또는 ‘선후이행관계’라는 관계성의 개념을 사용하는 것이 더 바람직하다는 견해도 있다.<sup>71)</sup>

---

70) 임건면, 171-172면 등

71) 김동훈, “불안의 항변권”, 법학논총 제11집, 국민대학교 법학연구소, 1999 [이하 ‘김동훈(1999-2)’], 248-249면

동시이행의 항변권을 보유한 당사자가 민사소송절차에서 이를 주장하지 않으면 법원은 판결에서 항변권의 존재를 고려할 수 없음은 분명하다. 그러나 당사자가 소송절차에서 주장하지 않으면 고려되지 않는 것은 물권, 청구권 등 민사상의 다른 권리 또한 마찬가지이므로 이를 들어 동시이행의 항변권만을 소송상의 권리라고 볼 것은 아니다.

또한 동시이행의 항변권은 소송 외의 실체법적 법률관계에서 채무자에게 이행거절권능을 부여하고 그밖에 이행지체저지효, 상계금지효 등의 효력을 발생시킨다. 이러한 점을 고려하면 동시이행의 항변권은 소송법상 권리가 아닌 실체법상 권리로 보아야 한다. 그리고 불안의 항변권에 관해서도 동시이행의 항변권과 동일한 입장을 취할 수 있으므로 달리 소송법상 권리설을 취할 이유가 없다.

## 제 4 장

### 불안의 항변권의 요건

#### 제 1 절 쌍무계약관계

불안의 항변권은 동시이행의 항변권과 마찬가지로 당사자 쌍방이 대가적 의미가 있는 채무를 부담하고 있는 쌍무계약관계에서 발생한다. 민법이 정하는 전형계약 중에서 불안의 항변권이 문제되는 대표적인 쌍무계약으로는 매매계약, 도급계약 등이 있다. 그러나 불안의 항변권의 요건으로서의 ‘쌍무계약관계’가 무엇인지에 관하여는 불안의 항변권에 특유한 쟁점을 발견할 수 없으므로, 본 논문에서는 이에 관하여 더 이상 논하지 않는다.

계약에 의해 정하여진 쌍무계약관계는 아니나 민법 제536조를 준용하여 견련성이 인정되는 각 급부 사이의 관계<sup>72)</sup>에서도 불안의 항변권이 발생할 수 있는지가 문제될 수 있다. 그러나 민법 제536조 제2항의 불안의 항변권은 아래에서 보는 바와 같이 선이행의무의 존재를 요건으로 하는데, 민법 제536조의 준용에 의하여 견련성을 인정하는 대다수의 경우는 각 급부가 동시이행관계에 있으므로 불안의 항변권을 논할 실익이 없다. 따라서 이에 관하여도 더 이상 논하지 않는다.

---

72) 예를 들어 쌍무계약이 무효로 되어 각 당사자가 서로 취득한 것을 부당이득으로 반환하여야 하는 경우 그 반환의무 상호간(대법원 1993. 5. 14. 선고 92다45025 판결 등).



## 제 2 절 선이행의무의 존재

### 1. 입법례와 우리 민법의 태도

독일민법 제321조는 불안의 항변권을 선이행의무자에게만 부여하고 있다. 민법 제536조 제2항 또한 같다. 이러한 입법례에서는 동시이행관계에 있는 쌍무계약의 당사자는 반대급부에 이행곤란사유가 존재하더라도 불안의 항변권은 인정되지 않으나 동시이행의 항변권을 행사함으로써 자신의 의무이행을 거절할 수 있다. 그러나 상대방의 급부에 이행곤란사유가 존재한다는 것만으로는 계약해제 등을 통한 쌍무계약관계로부터의 해방은 불가능하며, 이는 자신의 반대급부의 이행 또는 이행제공을 통하여 상대방의 동시이행의 항변권을 소멸시키고 상대방을 채무불이행에 빠뜨린 다음에야 비로소 가능해진다.

반면 일부 입법례는 동시이행관계의 당사자에게도 상대방의 반대급부에 이행곤란사유가 존재하는 경우 일정한 요건하에 이행거절권능과 함께 담보요구권 또는 계약해제권을 인정함으로써, 자신의 채무를 이행 또는 이행제공하지 않더라도 담보를 제공받고 계약관계를 계속 유지하거나 계약관계를 해소할 수 있는 방안을 마련해 놓고 있다. 앞서 본 바와 같은 스위스채무법 제83조, PICC 제7.3.4조 및 PECL 제8:105조(각 담보요구권 및 계약해제권 부여), UCC 제2-609조 제1항(담보요구권 부여 및 계약관계 해소) 등이 대표적인 입법례에 해당한다.

CISG 제71조 제3항은 “상대방이 그 이행에 관하여 적절한 보장을 제공한 경우에는 이행을 계속하여야 한다.” 라고만 정하고 있고, DCFR

III.-3:401 제2항 또한 이와 거의 동일한 규정을 두고 있다. 이는 이행정지권을 가진 당사자에게 적극적으로 담보를 요구할 수 있는 권리를 부여한 것이 아니라 상대방이 적절한 보장, 즉 담보를 제공한 경우 이행정지권이 소멸함을 확인한 것으로 보아야 한다. 이에 관해서는 제5장에서 상세히 본다.

## 2. 선이행의무의 발생원인 및 유형

### 가. 법률의 규정에 의한 선이행의무

민법은 전형계약 중 상당수에 대하여 원칙적으로 선이행의무가 발생하는 것으로 규정하고 있다. 구체적으로는 다음과 같다.

- ① 임대차계약에서 임차인의 차임지급의무에 대응하는 임대인의 목적물을 사용·수익하게 할 의무(민법 제633조)
- ② 고용계약에서 피용자의 노무제공의무(민법 제656조 제2항)
- ③ 도급계약에서 수급인의 일 또는 목적물의 완성의무(민법 제665조 제1항)
- ④ 유상위임계약에서 수임인의 사무처리의무(민법 제686조 제2항)
- ⑤ 유상임치계약에서 수치인의 목적물보관의무(민법 제701조, 제686조 제2항)

### 나. 계약 또는 급부의 성질에 의한 선이행의무

법률의 규정에 의하여 명문으로 정하여진 것은 아니나, 계약의 성질상 선이행의무가 발생할 수밖에 없는 계약 또한 존재한다. 예를 들어 「할부거래에 관한 법률」에서 정하는 할부계약(제2조 제1호) 또는 선불식 할부계약(제2조 제2호)은 소비자의 대금지급의무 또는 사업자의 재화 등 공급의무가 선이행의무에 해당함을 전제하고 있다.

실무에서 불안의 항변권이 가장 많이 문제된다고 할 수 있는 계속적 채권관계의 경우에도 계약의 성질상 필연적으로 선이행의무가 발생한다. 전기, 수도, 가스, 통신 등 협의의 계속적 급부를 내용으로 하는 계속적 채권관계는 물론이고, 회귀적 급부를 내용으로 하는 경우에도 이론상으로는 동시이행관계가 가능하나 거래현실상 일방의 의무가 선이행의무로 정해지는 것이 보통이다.

#### 다. 당사자의 약정에 의한 선이행의무

민법 기타 법률이 선이행의무를 규정하지 않더라도 계약자유 원칙에 따라 당사자는 쌍무계약의 일방당사자가 선이행의무를 부담하는 것으로 정할 수 있다. 각 당사자가 원칙적으로 동시이행관계에 있는 계약에서뿐만 아니라, 법률이 일방당사자가 선이행의무를 부담하는 것으로 정하고 있는 계약에서 그 반대당사자가 선이행의무를 부담하기로 약정하는 것(예를 들어 아파트 임차인이 매달 초에 차임을 선지급하기로 약정)도 강행규정에 반하지 않는 한 가능하다.

당사자 일방이 선이행의무를 부담하기로 약정하는 데에는 여러 원인이 있을 수 있다. 판례에서 불안의 항변권이 문제된 사례를 살펴보면, ① 부동산, 기계장비 등 고가의 재화에 대한 매매계약에서 매수인이 단번에 매매대금 전액을 지급하기보다는 계약금, 중도금, 잔금 등으로 나누어 지급하기로 약정하는 경우<sup>73)</sup>, ② 도급 또는 유상위임계약에서 수급

인 또는 수입인이 어떠한 일을 완성하거나 사무를 처리하는 데에 상당한 비용과 시간이 소요되어(건축공사도급계약, 설계용역계약 등) 도급인 또는 위임인이 미리 그 비용을 지급하여야 할 필요가 있어 대금 중 전부 또는 일부를 선지급하기로 약정하는 경우<sup>74)</sup> 등이 대표적이다.

## 라. 약관에 의한 선이행의무

「약관의 규제에 관한 법률」(이하 ‘약관규제법’) 제11조 제1호는 ‘법률에 따른 고객의 항변권, 상계권 등의 권리를 상당한 이유 없이 배제하거나 제한하는 조항’을 무효로 본다. 그렇다면 약관으로 고객의 의무를 선이행의무로 정하는 경우 이는 고객의 동시이행의 항변권을 배제하거나 제한하는 것으로 약관규제법 제11조 제1호에 의하여 무효가 아닌가 하는 문제를 제기할 수 있다.

약관규제법 제11조 제1호가 정하는 ‘상당한 이유’의 해석기준은 위 법률 제6조에서 정하는 신의성실의 원칙과 공정성이다. 그리고 어떤 약관에서 고객에게 선이행의무를 부담시키고 있다고 하여도 그 의무의 정도, 사업자의 자력, 신용도 등 제반 사정에 따라서는 그것이 고객에게 별다른 부담이 되지 않는 경우가 많다. 오히려 약관을 통한 대량거래에서는 고객들 전부에게 일괄적으로 일정한 시점에 선이행의무를 부담시킴으로써 사업자의 자금운용을 예측 가능하고 원활하게 하는 것이 고객에게도 도움이 되는 경우가 적지 않다. 따라서 어떠한 약관에서 고객의 선이행의무를 정하고 있다는 것만으로 그러한 약관을 고객에게 부당하게

---

73) 아파트 공급계약에 관한 대법원 2002. 11. 26. 선고 2000다52042 판결, 상가 매매계약에 관한 대법원 1999. 7. 9. 선고 98다13754, 13761 판결, 토지매매계약에 관한 대법원 1997. 7. 25. 선고 97다5541 판결, 기계제작 및 설치계약에 관한 대법원 1994. 12. 22. 선고 93다60632, 93다60649(반소) 판결 등

74) 건축공사도급계약에 관한 대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다1386 판결, 대법원 2005. 11. 25. 선고 2003다60136 판결 등, 계속적 임가공납품거래에 관한 대법원 1995. 2. 28. 선고 93다53887 판결 등

불리하다거나(약관규제법 제6조 제2항 제1호), 고객이 모든 사정에 비추어 이를 예상하기 어렵다거나(같은 항 제2호), 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 본질적 권리를 제한하는 것(같은 항 제3호)이어서 신의성실의 원칙에 반한다고 볼 수 없으며, 개별적인 계약의 성질과 약관의 내용에 비추어 구체적으로 판단하여야 할 것이다.<sup>75)</sup>

대법원 2002. 11. 26. 선고 2000다52042 판결 또한 아파트 분양계약의 약관에서 계약금 납부일 이후 입주예정일까지 사이의 기간에 대해 3개월 또는 4개월 단위로 6회에 나누어 정기의 중도금 납부기일을 지정하고 납부기일보다 늦게 납부하는 경우 지연일수에 대해 연 17%의 연체료를 부과하는 내용을 정한 경우라도 이는 “거래통념상 합당하다고 여겨지고, 사업주체측의 신용불안이나 재산상태의 악화, 건축공정의 부당한 지연 등 사정으로 인하여 사업주체의 주택공급계약상의 의무이행이 곤란할 현저한 사유가 발생하였음에도 불구하고 주택을 공급받고자 하는 자들에 대하여 당초 약정된 중도금의 이행의무가 선이행의무라는 이유만으로 민법 제536조 제2항 등 계약법의 일반원칙에 따른 주택을 공급받고자 하는 자들의 이행거절이나 지체책임면책 등에 관한 일체의 항변권 등을 모두 배제시킨 채 그 이행을 일방적으로 강요하는 것이라고 해석되지 아니하는 한 그 자체로 신의성실의 원칙에 비추어 공정을 잃은 것이라거나 고객에 대하여 부당하게 불리한 것이라거나 또는 법률의 규정에 의한 고객의 항변권, 상계권 등의 권리를 상당한 이유 없이 배제 또는 제한하거나 고객에게 부여된 기한의 이익을 상당한 이유 없이 박탈하는 것이라고 판단되지 않는다.” 라고 판시하였다.

#### 마. 안정선이행의무와 불안정선이행의무

---

75) 임건면, 178-179면; 김계순, “쌍무계약에 있어서의 불안의 항변권”, 민사법학 제34호, 한국민사법학회, 2006(이하 ‘김계순’), 17면 또한 같은 취지이다.

선이행의무는 반대급부와 관계에 따라 안정선이행의무(beständige Vorleistungspflicht)와 불안정선이행의무(unbeständige Vorleistungspflicht)로 나뉜다.<sup>76)</sup>

안정선이행의무는 선이행의무가 이행 또는 이행제공되지 않으면 반대급부의 이행기가 도래할 수 없도록 정한 계약에서의 선이행의무를 말한다. 예를 들어 매도인이 어떠한 물건을 먼저 공급한 다음 그 공급일로부터 1개월이 경과하여야 대금지급의무의 이행기가 도래하는 계약에서 매도인의 목적물 공급의무는 매매대금 지급의무에 대하여 안정선이행의무가 된다.

반면 불안정선이행의무는 선이행의무의 이행 또는 이행제공과 무관하게 반대급부의 이행기가 독자적으로 결정되어 있는 경우의 선이행의무를 말한다. 예를 들어 아파트 분양계약에서 중도금 및 잔금의 납부기일과 입주예정일이 각각 특정한 일자로 정해진 경우, 수분양자의 중도금 및 잔금 납부의무는 사업주체의 아파트 소유권 이전의무 및 인도의무에 대하여 불안정선이행의무가 된다.

안정/불안정선이행의무는 불안의 항변권과 관련하여 쟁점이 부각되는 양상에 약간의 차이를 보이게 된다. 안정선이행의무는 일단 선이행의무자에게 불안의 항변권이 인정되고 나면 시간이 계속 경과하더라도 반대급부의 이행기가 도래하지 않게 되어 계약이 계속 방치되는 결과가 초래될 수 있으므로, 불안의 항변권을 갖는 선이행의무자에게 이행거절권능 외에 적극적인 담보요구권 및 계약해제권을 부여함으로써 계약관계를 해소하는 것을 가능하게 해야 할 필요성이 부각된다.

---

76) MüKoBGB/Emmerich, §320, Rn. 19; Soergel/Gsell, §320, Rn. 94. ‘안정/불안정 선이행의무’는 임진면, 179면 및 박진근, “계속적 채권과 불안의 항변권”, 한양법학 제17호, 한양법학회, 2005(이하 ‘박진근’), 202면의 용어례에 의하였다. 김계순, 17-19면은 ‘연속적 선이행의무’, ‘불연속적 선이행의무’라는 표현을 사용한다.

반면 불안정선이행의무의 경우 선이행의무자에게 불안의 항변권이 인정되고 나서 시간의 경과에 따라 반대급부의 이행기 또한 도래하게 되면 양 급부의 관계는 어떻게 변화하는지, 발생하였던 불안의 항변권은 어느 정도의 범위에서 효력이 존속하게 되는지 등이 쟁점이 된다. 예를 들어 동시이행의 항변권의 효력과 관련하여 이미 매수인의 중도금 지급 의무가 이행지체에 빠진 상태에서 매수인의 잔금 지급의무 및 매도인의 소유권 이전의무의 이행기가 도래한 경우 매수인의 동시이행의 항변권의 효력이 중도금 지급의무에도 미칠 수 있는지, 미친다면 이행거절권능이 발생할 뿐만 아니라 이미 발생하여 있던 이행지체책임 또한 더 이상 발생하지 않는다고 볼 수 있는지 등에 관하여 종래 여러 논의가 있다.<sup>77)</sup> 불안정선이행의무에 불안의 항변권이 발생한 경우 또한 이러한 논의와 관련될 수 있다. 예를 들어 매수인의 중도금 지급의무가 이행지체에 빠졌으나 이후 매도인의 이행곤란사유로 인하여 매수인에게 불안의 항변권이 발생한 경우 매수인의 이행지체책임은 더 이상 발생하지 않는지, 나아가 이후 매수인의 잔금 지급의무 및 매도인의 소유권 이전의무의 이행기가 도래하였다면 그로 인한 매수인의 동시이행의 항변권으로 인하여 불안의 항변권은 소멸하는지 등의 쟁점이 그러하다. 그러나 이에 관한 상세한 논의는 본 논문의 범위를 넘는 것으로 판단되므로 더 이상 논하지 않는다.

#### 바. 선이행의무에 관한 기타 쟁점

불안의 항변권의 요건으로서의 선이행의무에 관하여, 이는 계약 또는 법률의 규정에 의하여 발생하는 것을 말하고 ‘자연적 필연’에 의하여 발생하는 선이행의무는 이에 해당하지 않는다고 보는 견해가 있다.<sup>78)</sup>

77) 이에 관하여는 우선 남효순, 114면 이하 참조

78) 임건면, 175면

‘자연적 필연’에 의한 선이행의무가 무엇을 의미하는지 명확하지 않으나, 계약의 성질상 선후이행관계가 발생할 수밖에 없는 계약, 예를 들어 할부거래 또는 계속적 채권관계의 경우를 가리키는 것으로 본다면 이러한 쌍무계약관계에서 불안의 항변권이 발생하지 않는 합리적인 근거를 발견하기 어렵다. 실제 거래계에서 불안의 항변권은 일회적 급부의 이행으로 종결되는 계약관계가 아니라 계속적 채권관계에서 더 큰 중요성을 갖는다는 점을 고려하면 더욱 그러하다.

계속적 채권관계에서 불안의 항변권이 발생할 수 있음은 인정하면서도, 불안의 항변권이 기능하는 것은 기본계약의 문제가 아니라 개별계약이며 불안의 항변권이 행사될 수 있는 것은 개별계약에 관한 문제라고 보는 견해 또한 존재한다.<sup>79)</sup> 기본계약과 개별계약으로 구성된 계속적 채권관계의 경우 대개 선행한 개별계약관계에서의 채무불이행이 후행하는 개별계약관계에서 선이행의무자에게 불안의 항변권을 발생시킬 수 있는가 하는 점이 쟁점이 되는 것은 사실이다(이에 관하여는 후술한다). 그러나 기본계약과 개별계약 간의 관계, 그리고 그로부터 선이행의무가 발생하는 양상은 계약의 구체적인 내용에 따라 매우 다양한 모습을 보일 수 있고, 어떤 이행곤란사유가 불안의 항변권을 발생시킬 수 있는지의 문제를 이행곤란사유가 기본계약에 관한 것인지 개별계약에 관한 것인지에 따라 달리 판단할 것은 아니다. 예를 들어 선이행권리자가 개별계약으로부터 발생한 자신의 반대급부의무를 불이행하는 때에도 그것이 기본계약에서 정해진 선이행의무의 이행을 거절하기에 충분한 사유가 되는 경우도 있을 수 있으므로, 계속적 채권관계에서의 불안의 항변권이 개별계약에 국한된 문제라고 볼 수 없다.

---

79) 박진근, 199면



## 제 3 절 상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유

### 1. 의의

불안의 항변권은 반대급부에 일정한 위험 또는 불안(Unsicherheit)이 있음을 이유로 선이행의무자에게 이행거절권능을 부여하는 제도이다. 따라서 그러한 위험 또는 불안이 불안의 항변권을 발생시키기 위한 요건이 무엇인지, 즉 ‘이행곤란사유’<sup>80)</sup>로 인정받기 위한 요건이 무엇인지를 밝히는 것은 불안의 항변권에 관한 이론을 구성하는 데에 있어서 가장 중요한 부분을 차지한다.

구체적으로는 상대방의 반대급부에 발생한 불안이 어떠한 유형으로서 어느 정도의 것이어야 하는지(이행곤란사유의 유형과 정도), 이행곤란사유는 언제 발생하여야 하는지(이행곤란사유의 발생시점), 이행곤란사유의 유무가 어느 시점을 기준으로 판단되어야 하는지(이행곤란사유 존부의 판단시점), 이행곤란사유의 발생에 당사자의 귀책사유를 필요로 하는지(귀책사유의 요부) 등의 쟁점이 존재한다. 순서대로 살피기로 한다.

### 2. 이행곤란사유의 유형 및 정도

#### 가. 외국의 논의

##### 1) 독일민법

---

80) 김동훈(1999-1), 348면 이하; 박진근, 203면 이하의 용어례에 의하였다.

### 가) 구 독일민법 제321조

구 독일민법 제321조는 ‘상대방의 재산상태가 현저히 악화하여 반대급부청구권이 위태롭게 되는 경우’ 불안의 항변권이 발생하는 것으로 정하고 있었다. 이는 단순히 선이행의무자가 주관적인 불안을 품는 것만으로는 부족하고 거래의 통념과 경제적 관점에 비추어 객관적·종합적으로 판단되어야 하며, 객관적 사실로서의 재산상태의 악화가 존재하여야 함을 의미한다.<sup>81)</sup>

독일의 판례는 선이행권리자의 채권자 다수가 강제집행을 신청하여 토지에 대한 강제경매개시결정이 이루어진 경우<sup>82)</sup>, 수표의 부도 또는 어음의 지급거절과 같이 지급불능이 확정된 경우<sup>83)</sup>, 신용대출이 거절당한 경우<sup>84)</sup> 등의 사례에서 상대방의 재산상태가 현저히 악화하여 반대급부청구권이 위태롭게 되었다고 보아 선이행의무자에게 불안의 항변권을 인정하였다.

이러한 구 독일민법의 규정과 판례의 입장에 따르면, 상대방이 별다른 이유 없이 이행을 거절하는 의사를 표시하는 등의 사정이 발생하더라도 이는 그 자체로는 객관적 사실로서의 ‘재산상태의 악화’에 해당하지 않으므로 원칙적으로 불안의 항변권을 발생시키지 못한다. 독일의 판례 중에서는 계속적 공급계약에서 선이행의무자인 매도인이 기이행분에 대한 매매대금의 지급을 몇 차례 청구하였으나 상대방이 이에 불응하였고 나아가 그 지급유예를 요청한 경우 재산상태의 현저한 악화에 해당한다고 본 사례가 있으나<sup>85)</sup>, 이는 상대방의 태도 자체보다는 그로부터

81) Staudinger/Otto, §321, Rn. 7

82) BGH 9. 10. 1958, WM 1958. 1545

83) BGH 27. 9. 1961, WM 1961. 1372

84) BGH 10. 1963, NJW 1964. 99

85) RG 11. 2. 1908, JW 1908. 193

재산상태의 현저한 악화를 합리적으로 추단할 수 있기 때문이라고 봄이 타당할 것이다.

또한 구 독일민법 제321조는 재산상태의 ‘현저한’ 악화를 명시적으로 요구하고 있는 만큼, 선이행의무자의 반대급부청구권에 야기된 위험이 경미한 경우에는 불안의 항변권이 발생하지 않는다.

#### 나) 현재의 독일민법 제321조 제1항

현재의 독일민법 제321조 제1항은 선이행의무자의 ‘반대급부청구권이 상대방의 급부능력 흠결로 인하여 위태’로운 경우 불안의 항변권이 발생하는 것으로 정하고 있다. 이는 앞서 본 바와 같은 개정 전의 요건인 ‘재산상태의 현저한 악화’보다 이행곤란사유의 범위를 더욱 넓힌 것으로, 상대방의 급부능력에 영향을 미치는 것이면 그것이 재산상태의 악화와는 무관한 것이라도 불안의 항변권을 발생시킬 수 있다.

현재의 독일민법에서도 상대방의 재산상태가 현저히 악화하여 반대급부청구권이 위태롭게 되었다면 불안의 항변권이 인정되는 데에 아무런 지장이 없으므로 앞서 본 바와 같은 구 독일민법하에서의 이행곤란사유에 관한 독일의 판례는 현재에도 그대로 유효하다. 그밖에 구 독일민법 제321조에는 포섭되기 어려운 다른 사유들 또한 불안의 항변권을 발생시킬 수 있다.<sup>86)</sup> 구체적으로는 수출 또는 수입의 금지, 전쟁의 발발, 반대급부의 이행에 필수적인 동업자나 채무자의 활동을 불가능하게 하는 질병, 화재로 인한 생산수단의 멸실, 파업의 발생 및 악화, 제3자에 대한 유사한 채무의 불이행, 반대급부의 이행에 필요한 생산수단을 조달하지 않는 것 등의 사유도 불안의 항변권을 발생시킬 수 있다.<sup>87)</sup> 독일의 판례 또한 재산상태의 현저한 악화뿐만 아니라 매매목적물인 부동산에 설정된

86) Staudinger/Schwarze, §321, Rn. 41

87) MüKoBGB/Emmerich, §321, Rn. 12; Staudinger/Schwarze, §321, Rn. 42, 43

담보권을 말소하고 완전한 소유권을 이전하여 주지 못할 위험이 있는 경우, 설령 그러한 급부의 장애가 일시적이더라도<sup>88)</sup> 이행곤란사유에 해당한다고 판시하였다.<sup>89)</sup>

현재의 독일민법 제321조 제1항 또한 개정 전과 마찬가지로 이행곤란사유가 일정 정도 이상의 것이어야 불안의 항변권이 발생한다는 취지로 해석되고 있다.<sup>90)</sup> 예를 들어 매도인과 매수인이 송부매매계약<sup>91)</sup>을 체결함으로써 매도인이 매수인에게 물건을 운송하여야 할 선이행의무를 부담하고 있으나 운송비용은 매수인이 부담하기로 한 경우, 운송비용이 매매목적물의 가치와 비교하여 상당한 비중을 차지하는 경우가 아니라면 매수인이 운송비용을 지급하지 않을 위험이 있다고 하여도 그 자체로는 매도인에게 불안의 항변권이 발생할 수 없다.<sup>92)</sup>

또한 독일민법 제321조 제1항 후문에서는 불안의 항변권이 일단 발생한 이후 그 소멸사유로서의 담보제공만을 명시적으로 규정하고 있으나, 상대방의 급부능력이 흠결될 당시 이미 충분한 담보가 제공된 상태였다면 그로 인하여 선이행의무자의 반대급부청구권이 위태로워질 정도에 이르지 않는다고 보아야 하므로 처음부터 불안의 항변권이 발생하지 않는다.<sup>93)</sup>

---

88) 선이행권리자가 독일민법 제1192조 및 이에 의하여 준용되는 제1162조에 따라 부동산에 설정된 토지채무증권의 실효를 위한 공시최고절차를 진행 중이었다. 그러나 독일민법의 토지채무(독일민법 제1191조 이하) 및 그 증권(Brief)의 개념 등에 관하여는 본 논문에서 더 논하지 않는다.

89) BGH 11. 12. 2009, NJW 2010, 1272

90) Staudinger/Schwarze, §321, Rn. 44

91) 독일민법 제447조 참조. 우리나라에서는 매매계약에 매도인의 물품운송의무가 포함된 경우를 편의상 송부매매로 부르는 경우가 많다. CISG 또한 제31조(가)호에서 ‘매매계약에 물품의 운송이 포함된 경우’에 관한 사항을 명시적으로 규율하고 있다. 다만 독일민법의 송부매매는 단순히 물품의 운송을 포함하는 경우가 아니라 매도인이 매수인의 청구에 따라 목적물을 이행지(독일민법 제269조에 따라 원칙적으로 매도인의 주소이다) 외의 장소로 송부하는 매매를 가리키므로, 운송이 수반된다고 하여 모두 독일민법이 정한 송부매매와 같이 볼 수 없다는 견해가 있다(석광현, 130면).

92) Soergel/Gsell, §321, Rn. 40

## 2) CISG 제71조

### 가) 의의

CISG 제71조 제1항은 ‘상대방의 이행능력 또는 신용도의 중대한 결함’ ((가)호) 또는 ‘계약의 이행 준비 또는 이행에 관한 상대방의 행위’ ((나)호)로 인하여 상대방이 의무의 실질적 부분을 이행하지 아니할 것이 판명된 경우 이행정지권이 발생하는 것으로 정하고 있다. 이와 같은 CISG 제71조 소정의 이행곤란사유는 일견 입법자가 이행곤란사유를 구체적으로 특정한 것처럼 보이는 문면과는 달리 당사자의 이행능력에 영향을 미치는 것이기만 하면 어떠한 사정이든 포함되는 포괄적·추상적 조항임은 이미 제3장 제1절에서 본 바와 같다.

### 나) 의무의 실질적 부분을 이행하지 않을 것이 판명될 것

CISG 제71조는 상대방이 의무의 ‘실질적’ (substantial) 부분을 이행하지 아니할 것이 판명되어야 한다고 규정하고 있다. 따라서 이행정지권의 요건으로서의 ‘실질성’ 이 무엇인지에 관하여 먼저 밝힐 필요가 있다.

CISG 제72조 제1항은 ‘본질적 계약위반’ (a fundamental breach of contract)이 있는 경우 계약해제가 가능한 것으로 정하고 있다. 따라서 계약해제보다 약한 보호수단에 해당하는 제71조의 이행정지권의 요건으로서의 ‘실질적 불이행’ 은 계약해제의 요건인 본질적 계약위반보다는 약한 정도의 것으로 이해되고 있다.

---

93) MüKoBGB/Emmerich, §321, Rn. 15; Staudinger/Schwarze, §321, Rn. 53

또한 상대방이 의무의 실질적 부분을 이행하지 않을 것이 판명되었는지 여부는 일방의 주관적인 의도와 내심에 따라서는 안 되며, 반대급부의 불이행이 있을 경우 같은 지위에 있는 합리적인 당사자라면 이행을 정지할 것이 명백한지에 따라 결정되어야 하고, 구체적으로는 계약 자체에서 특정 의무에 부여한 중요도, 당사자 사이의 협상 경과, 과거의 거래, 실무의 관례, 전체 의무 중 예견되는 불이행의 비중 등을 고려하여야 한다.<sup>94)</sup>

구체적인 사례를 들어보면, 원유 농축액의 과도한 수은 함량으로 인해 매수인이 농축액을 정제하여 가공품을 판매하는 데에 어려움이 발생한 경우, 매수인이 자신의 고객에게 물품을 전매할 것으로 약정한 날짜보다 늦게 매도인이 물품을 인도할 것이 명백한 경우, 매도인이 계약을 이행하는 동안 매수인이 얻게 되는 매도인의 비공개 정보를 제3자에게 누설해서는 안 된다는 내용이 계약 조항에 포함되어 있는데 매수인이 매도인의 경쟁자와 거래를 개시함으로써 기밀유지의무가 불이행될 위험이 발생한 경우 등은 의무의 실질적 부분을 이행하지 아니할 것이 판명된 경우에 해당한다.<sup>95)</sup> 반면 냉동 베이컨 22,400kg의 분할공급계약에서 420kg만을 공급하지 않은 경우는 이에 해당하지 않는다.<sup>96)</sup>

#### 다) 상대방의 이행능력 또는 신용도의 중대한 결함

CISG는 물품의 매매계약에 관한 국제조약이므로 상대방이 매수인이나 매도인이나에 따라 이행곤란사유의 유형을 조금씩 달리 볼 수 있다. 매도인의 경우 ‘이행능력의 결함’은 공장의 파업, 생산능력의 초

---

94) Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 71, Para. 5; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 71, Para 26

95) Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 71, Para. 6, 7, 8

96) Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 71, Para. 6

과, 화재 또는 자연재해로 인한 공장의 멸실, 수출인가의 획득 실패 또는 수출의 금지, 전쟁의 발발, 매매목적물이 망실되고 매도인이 이를 발견할 수 없는 경우 등이 이에 해당할 수 있다.<sup>97)</sup> ‘신용도의 결함’은 매도인이 공급자로부터 물품을 구매하거나, 목적물을 제조하는 데에 필요한 재료를 구입하거나, 작업을 수행하는 데에 각기 필요한 자력이 부족한 경우가 해당할 수 있다.<sup>98)</sup>

매수인의 경우는 주된 의무가 대금지급의무인 만큼 ‘이행능력’과 ‘신용도’를 명확히 구별하여 판단하기 어렵다. 파산선고, 매도인의 경쟁자로부터 장비를 매수함으로써 매도인의 전문지식이 경쟁자에게 알려질 우려가 발생한 때(실제로 알려졌다면 이는 계약위반에 해당한다), FOB<sup>99)</sup> 계약에서 선박의 적재공간이 불충분한 경우, 이미 공급받은 부분에 대한 대금 또는 약정된 선급금을 지급하지 않는 경우, 정해진 기일까지 신용장을 개설하지 못하는 경우 등이 매수인의 ‘이행능력 또는 신용도의 중대한 결함’에 해당할 수 있다.<sup>100)</sup>

## 라) 계약의 이행 준비 또는 이행에 관한 상대방의 행위

적시에 물품을 생산하는 데에 필요한 물품 또는 재료의 확보 실패, 매수인이 승낙을 하는 데에 필요한 것으로 계약상 정해진 견본의 인도 지연 또는 흠 있는 견본의 인도로 인하여 매도인이 적시에 물품을 제조하여 인도하는 것이 불가능한 경우, 매도인이 물품이 제3자의 권리 또

97) Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 71, Para. 10

98) Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 71, Para. 10; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 71, Para. 22

99) Free on Board의 약자로, ‘지정선적항 본선인도조건’이라고도 한다. 물품이 지정된 선적항에서 본선의 난간을 통과할 때 매도인의 인도의무가 이행되고, 이때부터 물품에 대한 모든 위험과 비용 부담은 매수인이 지게 되는 계약조건을 말한다.

100) Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 71, Para. 10; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 71, Para. 22

는 청구권의 대상이 아님을 보증하는 문서를 제공하는 데에 실패함으로써 인도된 물품이 그러한 권리 또는 청구의 대상이 될 수 있다는 의심이 발생한 경우, 매도인이 계약상 규정된 시운전 스케줄을 준수하지 못했고 적정한 시운전을 하지 못함으로써 정해진 기간 내에 시운전을 성공적으로 완료하지 못할 것임이 명백한 경우, 매도인이 특정 국가에 대한 물품 수출허가를 얻지 못하였고 선적항을 지정할 계약상 의무도 이행하지 못한 경우 등이 이에 해당할 수 있다.<sup>101)</sup>

## 나. 우리나라의 판례 및 학설

### 1) 이행곤란사유의 유형 및 정도에 관한 판례

다수의 대법원 판결은 이행곤란사유의 유형에 관하여 ‘채권자의 신용불안이나 재산상태의 악화 등의 사정으로 반대급부를 이행받을 수 없는 사정변경’이라는 표현을 사용하고 있다.<sup>102)</sup> 이는 ‘재산상태의 현저한 악화’만을 이행곤란사유의 요건으로 삼은 구 독일민법 제321조의 입법태도와 유사하다.

그러나 다른 한편으로 이행곤란사유의 유형에 관하여 ‘신용불안’ 또는 ‘재산상태의 악화’에 한정하지 않고 ‘대가관계에 있는 상대방의 채무가 아직 이행기에 이르지 아니하였지만 이행기의 이행이 현저히 불투명하게 된 경우’라고 판시함으로써 개방적인 태도를 취하는 판결 또한 발견된다.<sup>103)</sup> 특히 앞서 본 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다

101) Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 71, Para. 13; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 71, Para. 23

102) 대법원 1989. 9. 12. 선고 88다카11756 판결, 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카24335 판결, 대법원 2002. 11. 26. 선고 2001다833 판결, 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다93025 판결

103) 대법원 1997. 7. 25. 선고 97다5541 판결, 대법원 1999. 7. 9. 선고 98다13754, 13761 판결, 대법원 2003. 5. 16. 선고 2002다2423 판결



93025 판결은 명시적으로 “불안의 항변권을 발생시키는 사유에 관하여 신용불안이나 재산상태 악화와 같이 채권자 측에 발생한 객관적·일반적 사정만이 이에 해당한다고 제한적으로 해석할 이유는 없”고, “도급인이 계약 체결 후에 위와 같은 약정을 위반하여 정당한 이유 없이 기성공사금을 지급하지 아니하고 이로 인하여 수급인이 공사를 계속해서 진행하더라도 그 공사내용에 따르는 공사금의 상당 부분을 약정대로 지급받을 것을 합리적으로 기대할 수 없게 되어서 수급인으로 하여금 당초의 계약내용에 따른 선이행의무의 이행을 요구하는 것이 공평에 반하게 되었다면, 비록 도급인에게 신용불안 등과 같은 사정이 없다고 하여도 수급인은 민법 제536조 제2항에 의하여 계속공사의무의 이행을 거절할 수 있다고 할 것이다.” 라고 명시적으로 판시함으로써, 이행곤란사유가 객관적 사유의 유형에 한정되는 것이 아님을 명백히 하였다.

반면 판례는 이행곤란사유의 정도에 관해서는 사건별로 구체적인 사실관계에 비추어 반대급부에 발생한 위험 또는 불안이 불안의 항변권을 발생시키기에 충분한가를 판단하는 데에 주력하고 있고, 일반적인 법리를 실시한 판결은 발견하기 어렵다.

## 2) 계속적 채권관계에서 이행곤란사유의 정도에 관한 판례

### 가) 문제의 제기

#### (1) 의의

계속적 채권관계에서는 계약이 순차 이행되어 나감에 따라 상대방사자의 선이행의무와 상대방의 반대급부가 연속적으로 중첩되어 발생, 이행되는 사례가 빈번하다. 대표적으로 일정 규모 이상의 공사도급

계약에서는 수급인이 먼저 공사를 진행하고 그 진척 단계마다 도급인이 기성고의 일정 비율에 상응하는 공사대금을 지급하기로 약정하는 경우가 대부분이다. 그에 따라 수급인이 일정 단계의 공사를 완성함으로써 선이행의무를 이행하면 도급인이 그에 대한 공사대금을 지급할 반대급부의무가 발생하고, 그와 동시에 수급인이 다음 단계의 공사를 완성할 새로운 선이행의무를 이행하는 과정이 반복되게 된다. 이러한 계속적 채권관계에서 상대방이 이미 이행기가 도래한 前期 반대급부를 이행하지 않는 때 선이행의무자가 이를 들어 後期 선이행의무의 이행을 거절하는 경우가 많다. 이러한 사안에서는 과연 상대방의 전기 반대급부의 불이행이 이행곤란사유로 인정되어 선이행의무자에게 불안의 항변권이 발생하였다고 볼 수 있는지가 쟁점이 된다.

## (2) 동시이행의 항변권이 인정되는 경우와의 관계

그런데 계속적 채권관계 중에서 특히 대량의 계속적 공급계약의 경우, 이행되지 않은 전기 반대급부(예를 들어 매매대금 지급의무)와 후기 선이행의무(예를 들어 전기, 가스 등의 공급의무)를 동시이행관계에 있다고 보고, 선이행의무자인 공급자라도 매수인이 전기 반대급부, 즉 대금 지급의무를 이행하지 않았다면 ‘동시이행의 항변권’에 의하여 후기 선이행의무의 이행을 거절할 수 있다고 보는 것이 통설이자<sup>104)</sup> 판례이다<sup>105)</sup>. 일본의 통설과 판례 또한 같은 입장이다.<sup>106)</sup>

계속적 채권관계에서 선이행의무자가 전기 반대급부의 불이행을 이유로 ‘불안의 항변권’에 의하여 후기 선이행의무의 이행을 거절

104) 박윤직, 64면; 김형배, 193-194면

105) 대법원 1970. 3. 10. 선고 69다2076

106) 澤井裕清水元, 新版 註釋民法(13)(谷口知平 等 編集), 有斐閣, 1996, 583-587면

할 수 있느냐가 문제되는 경우는 양 당사자의 채무가 여전히 선후이행관계에 있음을 전제로 한 것이다. 따라서 앞서 본 통설과 판례의 견해와 같이 양 채무를 동시이행관계에 있다고 보아 곧바로 동시이행의 항변권이 적용될 수 있는 국면에서는 불안의 항변권을 논할 실익이 없게 된다.

그러나 아래의 구체적 판결례에서 보는 바와 같이 전기 반대급부가 이행되지 않은 경우에도 선이행의무자가 후기 선이행의무의 이행을 거절할 수 없다고 본 판례가 존재하는 점<sup>107)</sup>에 비추어 보면, 계속적 채권관계에서 전기 반대급부가 이행되지 않은 모든 경우에 선이행의무자가 동시이행의 항변권을 행사할 수 있다는 것이 판례의 입장이라고 보기는 어렵다. 결국 계속적 채권관계에서 전기 반대급부가 이행되지 않은 경우에는, 먼저 후기 선이행의무가 전기 반대급부와 동시이행관계에 있다고 볼 수 있는지를 검토한 다음<sup>108)</sup>, 양 당사자의 채무가 동시이행관계가 아니라 여전히 선후이행관계에 있다고 판단된다면 비로소 전기 반대급부의 불이행이 불안의 항변권이 발생할 수 있을 정도의 이행곤란사유에 해당하는지 여부를 검토하여야 할 것이다.

#### 나) 구체적 판결례

판례는 이 쟁점에 관하여 구체적 사실관계에 따라 조금씩 입장을 달리하고 있다. 대표적인 것으로는 다음의 판결들을 들 수 있다.

---

107) 이와 같은 판례에서 명시적으로 동시이행의 항변권의 발생 여부에 관하여 판시하지는 않았으나, 선이행의무자에게 불안의 항변권에 의한 이행거절권능 조차 인정하지 않은 사안에서 동시이행관계의 존재를 인정한다는 것은 생각하기 어렵다.

108) 이에 관한 구체적인 기준을 마련하기 위해서는 동시이행의 항변권의 본질 및 그 적용범위와 관련하여 깊이 있는 논의가 있어야 할 것이다. 다만 본 논문에서 이를 다루는 것은 목적을 벗어나는 것으로 판단되므로 더 이상 논하지 않는다.

① 대법원 1995. 2. 28. 선고 93다53887 판결

계속적 임가공납품거래에서 매수인 겸 도급인으로서 후이행 의무자인 피고가 이미 정산이 완료되어 변제기가 지난 기간의 임가공비를 지급하지 못하였고, 이미 정산을 완료하였으나 변제기에 이르지 아니한 기간의 임가공비에 대하여도 그 지급을 위한 아무런 유가증권도 교부하지 아니한 사안에서 대법원은 “계속적 거래관계에 있어서의 신뢰관계가 깨어져 정산완료된 이후의 임가공비를 그 변제기에 지급받을 수 있을지 여부가 현저히 불확실한 불안상태에 빠졌다고 할 것이어서 민법 제 536조 제2항 및 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때 이에 대하여 변제기 내의 지급을 보장할 수 있는 수단을 확보할 수 있을 때까지는 선이행의무가 있는 자기 채무를 거절할 수 있는 동시이행의 항변권(강박상 불안의 항변권)을 취득하였다고 해석함이 상당하다.” 라고 판시하였다.

② 대법원 2001. 9. 18. 선고 2001다9304 판결

수급인인 원고와 도급인인 피고 사이의 건물신축공사계약에서 이미 시공된 부분에 하자가 있다는 이유로(하자보수금액 676,401,000원) 피고가 공사대금의 지급을 거절하였고 원고는 피고의 공사대금 미지급(미지급 대금 5,402,595,000원)을 이유로 공사를 중단한 사안에서 대법원은,

㉠ 원고의 하자보수의무는 피고의 기성금 지급의무와 동시이행관계에 있고 동시이행관계에 있는 공사대금채무는 당해 하자가 발생한 부분의 기성금에 한정되는 것은 아니나, 미지급 공사대금에 비해 하자보수비 등이 매우 적은 편이고 하자보수공사가 완성되어도 공사대금이 지급될지 여부가 불확실한 경우, 도급인이 하자보수청구권을 행사하여 동시이행의 항변을 할 수 있는 기성공사대금의 범위는 하자 및 손해에 상응하는 금액으로 한정하는 것이 공평과 신의칙에 부합하는데, 이 사건에서는 피고가 선급금을 지급한 이래 약정에 따른 기성공사대금을 전혀

지급하지 않고 있을 뿐만 아니라 현재 자력이 없고 앞으로 하자보수공사가 완성되어도 공사대금을 지급할지 여부가 불확실한 상태임이 인정되므로, 피고가 하자보수청구권을 행사하여 동시이행의 항변을 할 수 있는 기성공사대금의 범위는 하자 및 손해에 상응하는 금액으로 한정하는 것이 공평과 신의칙에 부합한다고 판시하였다.<sup>109)</sup>

④ 또한 “계속적 거래관계에 있어서 재화나 용역을 먼저 공급한 후 일정 기간마다 거래대금을 정산하여 일정 기일 후에 지급받기로 약정한 경우에 공급자가 선이행의 자기 채무를 이행하고 이미 정산이 완료되어 이행기가 지난 전기의 대금을 지급받지 못하였거나, 후이행의 상대방의 채무가 아직 이행기가 되지 아니하였지만 이행기의 이행이 현저히 불안한 사유가 있는 경우에는 민법 제536조 제2항 및 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때 공급자는 이미 이행기가 지난 전기의 대금을 지급받을 때 또는 전기에 대한 상대방의 이행기미도래채무의 이행곤란사유가 해소될 때까지 선이행의무가 있는 다음 기간의 자기 채무의 이행을 거절할 수 있다고 해석된다.” 라고 보아, 원고에게 불안의 항변권을 인정하였다.

③ 대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다1386 판결

수급인인 원고와 도급인인 피고들 사이의 건물철거 및 신축 공사계약에서 피고들이 원고에게 선금 지급 이후 중도금은 공사의 진척 정도에 따라 5차례에 걸쳐 분할 지급하되 기성고의 80%에 해당하는 금액을 지급하기로 약정하였는데, 피고가 기성고의 약 77.5%에 해당하는 금액을 중도금으로 지급한 상황에서 원고가 공사를 중단하였고 이에 피

---

109) 이는 수급인의 공사완성의무는 도급인의 그 부분에 대한 공사대금 지급의무에 대하여 선이행의무에 해당하나 그로부터 파생된 하자보수의무는 대금지급의무(원칙적으로 하자가 존재하는 부분에 대한 것뿐만 아니라 전체 완성부분에 대한 것)와 동시이행관계에 있음을 밝히고, 나아가 동시이행관계에 있는 대금지급의무의 범위 또한 명확히 한 것으로서 적지 않은 의미가 있다. 그러나 이에 관하여는 더 이상 논하지 아니한다.

고들이 도급계약을 해지한 사안에서, 대법원은 “피고들이 기성고 해당 중도금을 전혀 지급하지 않았고 당시 재산상태에 비추어 앞으로도 공사대금을 지급할지 여부가 불투명한 상태에 있었다면 원고는 이미 이행기가 지난 기성공사대금을 지급받을 때까지 또는 피고의 공사대금지급에 관한 이행이행곤란사유가 해소될 때까지 잔여 공사의 완성을 거절할 수 있다고 볼 것이지만, 피고들의 위 중도금 지급채무 이행이 곤란할 현저한 사유가 있었다고 볼 만한 자료를 찾아볼 수 없는 이 사건에 있어서는, 피고들이 기성고 해당 중도금 지급의무의 이행을 일부 지체하였다고 하여 바로 수급인인 원고가 일 완성의무의 이행을 거절할 수 있다고 볼 수는 없고, 따라서 피고들이 위 중도금 지급채무를 일부 불이행하였다고 하여 그것만으로 원고의 이 사건 공사의 중단이나 지연에 대하여 원고에게 귀책사유가 없다고 할 수는 없다(다만, 그와 같은 사정을 지체상금의 감액사유로 삼을 수는 있을 것이다).” 라고 판시하고 자신에게 귀책사유가 없다는 원고의 주장을 배척하였다.

#### 다) 검토

이와 같은 판례의 입장을 정리하여 보면 다음과 같다.

우선 판례는 일관되게 “이행기가 지난 전기의 대금을 지급받지 못하였거나, 후이행의 상대방의 채무가 아직 이행기가 되지 아니하였지만 이행기의 이행이 현저히 불안한 사유가 있는 경우”에 선이행의무자에게 불안의 항변권이 인정될 수 있음을 판시하고 있다.<sup>110)</sup> 이러한 입장을 관철한다면 선이행의무자로서는 상대방이 이행기가 도래한 전기 반대급부를 단 1회 이행하지 않았다는 사정만으로도 원칙적으로 후기 선이행의무에 관하여 불안의 항변권을 취득할 수 있다는 것이 된다.

---

110) 앞서 본 대법원 2001. 9. 18. 선고 2001다9304 판결 및 대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다1386 판결 모두 동일한 판시가 포함되어 있다.

그러나 판례의 구체적인 사실관계에 비추어 보면 오히려 상대방이 전기 반대급부를 1회 이행하지 않았다는 사정만으로 곧바로 불안의 항변권을 인정한 사례는 발견하기 어렵다. 앞서 본 판례들의 사실관계를 보더라도, 변제기가 지난 임가공비를 지급하지 못하고 있음과 더불어 아직 변제기가 도래하지 않았지만 정산이 완료된 임가공비에 대해서도 유가증권을 교부하지 못하고 있는 경우(대법원 1995. 2. 28. 선고 93다 53887 판결), 도급인이 선급금을 지급한 이래 약정에 따른 기성공사대금을 전혀 지급하지 않고 있을 뿐만 아니라 현재 자력이 없고 앞으로 하자 보수공사가 완성되어도 공사대금을 지급할지 여부가 불확실한 상태이었던 경우(대법원 2001. 9. 18. 선고 2001다9304 판결)와 같이, 전기 반대급부를 이행하지 않은 것 외에 다른 이행곤란사유가 있음을 들어 불안의 항변권을 인정하였다.

오히려 전기의 대금을 여러 차례에 걸쳐 부족하게 지급하기는 하였으나 그 불이행부분의 합계액이 전체 공사대금에 비추어 경미한 때에는 불안의 항변권을 인정하지 않은 사례 또한 존재하므로(대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다1386 판결), 문면상의 판시에만 주목하여 1회의 전기 반대급부 불이행만으로 곧바로 불안의 항변권이 발생할 수 있다는 것이 판례의 입장이라고 단정하는 것은 곤란하다.

### 3) 학설

이행곤란사유의 유형에 관하여 학설은 파산 또는 파산에 준하는 재산상태의 악화, 신용거래에서 신용을 현저히 손상하는 행위에 국한시키는 견해가 다수이다.<sup>111)</sup> 이에 대하여 이행곤란사유를 폭넓게 인정하는 판례의 입장에 찬동하여 굳이 신용불안 등의 사유에 한정시킬 필요는 없

111) 박윤직, 63면; 이은영, 162면; 박진근, 200면

다고 보면서도, 객관적인 판단이 가능한 경제적 관점이 없는 경우 판단이 자의적이 될 염려가 있음을 지적하는 견해가 있다.<sup>112)</sup>

이행곤란사유의 정도에 관하여는, 기존의 학설과 판례가 논하는 것보다 불안의 항변권의 제반 요건을 대폭 완화하여야 한다는 전제에서, 그럼에도 불구하고 일정한 한계를 둘 필요가 있으므로 ① 상대방이 반대급부를 이행하지 않을 경우 계약의 목적이 해를 입는 정도, ② 상대방이 반대급부를 이행하지 않을 개연성을 고려하여 인정 여부를 결정하여야 한다는 견해가 있다.<sup>113)</sup>

계속적 채권관계에 있어서는 선이행분에 대한 대금을 지급받지 못한 것은 선이행의무가 있는 다음 기간의 이행을 거절하는 중요한 근거가 되나, 이는 상대방에게 가혹할 수도 있어 기계적으로 판단해서는 안 되고 이행곤란사유의 현저성을 종합적으로 판단하여야 한다는 견해가 있다.<sup>114)</sup>

## 다. 이행곤란사유의 유형에 대한 검토

### 1) 불안의 항변권의 이론적 근거에 따른 유형의 구성

이행곤란사유의 유형을 구성함에 있어서는 앞서 상세히 살핀 바와 같은 불안의 항변권의 이론적 근거를 기초로 하여 일관된 관점하에 결론을 도출하여야 할 것이다. 불안의 항변권의 이론적 근거를 사정변경의 원칙에 두는 입장에서는 계약준수원칙에 대한 수정개념으로서 불안의 항변권을 사고하게 되고, 따라서 계약의 성립 당시에 있었던 환경 또는 그 행위를 하게 된 기초가 되는 객관적 사정을 변경시킨다고 볼 수 있는 사

---

112) 김동훈(1999-1), 349-350면

113) 정종휴, 613-614면

114) 김동훈(2007), 272면



유, 예를 들어 ‘신용불안’ 또는 ‘재산상태의 악화’ 만이 이행곤란사유의 유형으로 포섭될 수 있다. 그러나 제3장 제1절에서 본 바와 같이 불안의 항변권의 이론적 근거를 사정변경의 원칙이 아니라 급부의 대가관계와 이에 기초한 위험의 적정한 배분에 두는 이상 이행곤란사유의 유형을 신용불안이나 재산상태의 악화와 같은 객관적 사정의 변경에 국한시킬 이유가 없고, 선이행의무자와 상대방이 부담하는 각 급부 사이의 대가관계가 위태로워진다고 볼 만한 사정으로서 선이행의무자에게 전적으로 위험을 부담하게 하는 것이 부당하다고 판단되는 것이라면 어떠한 유형이든 이행곤란사유를 구성할 수 있다.

## 2) 이행곤란사유의 구체적 유형

### 가) 객관적 이행곤란사유

#### (1) 의의

이행곤란사유 중 상대방의 의사나 태도와 같은 주관적인 영역이 아니라 객관적인 영역에 존재하는 사정으로 말미암은 이행곤란사유를 ‘객관적 이행곤란사유’로 칭할 수 있을 것이다.

#### (2) 변제자력의 결여

구 독일민법 제321조가 규정하는 ‘상대방의 재산상태의 현저한 악화’, CISG 제71조 제1항 (가)호가 정하는 ‘상대방의 이행능력의 중대한 결함’은 모두 상대방의 변제자력이 결여됨으로써 반대급부의 이행에 위험이 발생하는 경우로서 우리 민법의 불안의 항변권에 있어서도 이

행곤란사유에 해당한다. 구체적으로 어떠한 경우에 이행곤란사유에 해당할 수 있는지에 관하여는 앞서 본 각 입법례의 판례 및 학설에서 언급된 구체적인 사례를 참조할 수 있을 것이다.

상대방의 변제자력의 결여는 쌍무계약의 반대급부가 금전채무인 경우, 예를 들어 매매계약에서의 매수인 또는 도급계약에서의 도급인의 대금지급의무 등에서 특히 중요한 이행곤란사유가 된다. 그러나 금전채무가 아닌 채무 또한 그 이행에 일정한 자력을 필요로 하는 것이 보통이므로(예를 들어 어떠한 물건을 제작하여 공급하기 위해서는 그 재료를 구매하고 직원을 고용하며 생산, 수송, 판매하는 데에 비용이 투입된다) 변제자력의 결여는 이러한 계약에 대해서도 마찬가지로 이행곤란사유에 해당한다.

### (3) 그밖에 채무이행을 현저히 곤란하게 하는 사정

변제자력의 결여뿐만 아니라 상대방의 채무이행을 현저히 곤란하게 하는 객관적인 제반 사정 또한 객관적 이행곤란사유의 유형에 포함될 수 있다. 이러한 이행곤란사유는 반대채무가 금전채무 외의 것인 경우에 중요한 의미를 가지며, 장기간 방치되거나 악화되는 경우 이행불능의 채무불이행에 이르는 경우가 대부분이다. 구체적으로는 계약목적물에 부착된 제한물권을 비롯하여 완전한 권리이전을 제약하는 요소, 행정적인 제약, 생산수단의 멸실 등이 이에 해당할 수 있다.

우리 민법은 손해배상에 관하여 원칙적으로 금전배상의 원칙을 취하고 있다(민법 제394조). 따라서 금전채무 외의 채무라고 하더라도 채무불이행의 단계에 이르면 금전채무, 즉 손해배상채무의 이행에 관한 문제 또한 발생한다. 이는 이행불능과 같이 본래의 채무는 이행이 불가능해지고 전보배상책임으로 전환되는 경우 특히 그러하다. 그렇다면 비

록 상대방이 부담하는 반대급부 자체에 관해서는 그 이행이 현저히 곤란할 객관적인 사정이 존재하더라도 상대방에게 변제자력이 충분하다면 반대급부가 채무불이행에 이르더라도 그로 인한 손해배상채무는 충분히 이행이 가능하므로 불안의 항변권이 부인되어야 하지 않는가 하는 문제를 제기할 수 있다.<sup>115)</sup>

이에 관하여 중요한 시사점을 주는 판례는 대법원 1997. 7. 25. 선고 97다5541 판결이다. 위 판결은 원고와 피고가 중고자동차 매매시장 용지인 토지의 매매계약을 체결하였는데 매매계약 당시의 도시계획상 매매목적토지에 중고자동차 매매시장을 설치할 수 없었던 사안에 관한 것으로, 매도인인 피고는 법률에 의하여 성립된 公社로서 변제자력의 면에 있어서는 실질적으로 위험 또는 불안이 존재하지 않는 경우에 해당하였다. 그럼에도 대법원은 피고의 변제자력에 관하여는 별도로 언급함이 없이 피고의 원고에 대한 채무이행이 곤란할 현저한 사유가 있다고 보아 매수인으로서 선이행의무자였던 원고의 불안의 항변권을 인정하였다. 이는 곧 금전채무 외의 채무가 채무불이행에 이르러 금전채무인 손해배상채무로 전환될 수 있는지 여부와 무관하게, 반대급부 그 자체의 실현이 곤란할 사유에 해당하는지에 따라 이행곤란사유의 유무가 판단된다는 것을 의미한다.

이러한 판례의 입장은 불안의 항변권의 이론적 근거가 ‘급부의 대가관계’라는 점에서 정당화된다. 선이행의무와 대가관계에 있는 것은 상대방이 약정한 반대급부 그 자체이기 때문에, 그 반대급부가 향후 채무불이행에 이르는 경우 금전채무인 손해배상채무로 전환될 수 있는지 여부는 별론으로 하고, 선이행의무자로서는 상대방의 반대급부의 이행이 곤란할 현저한 사정이 있으면 자신의 의무이행을 거절할 수 있다

---

115) 이 문제는 불안의 항변권의 소멸사유로서의 상대방의 담보제공과 관련하여 ‘금전채무 외의 채무에 대하여 제공하여야 할 담보의 정도’의 측면에서도 다루어질 수 있다.

고 보아야 한다. 또한 불안의 항변권은 상대방의 반대급부가 이행불능 또는 이행거절에 이르기 이전 단계에서 작동하며 그 효력 또한 선이행의 무자에게 일시적인 이행거절권능을 부여함으로써 당사자 사이에 손해배상책임이 문제되기 전에 계약의 유지와 순조로운 이행을 촉구하는 기능을 발휘한다는 점을 고려하면 더욱 그러하다.

결론적으로 상대방이 충분한 변제자력을 갖추고 있다고 하더라도 약정된 반대급부의 이행이 현저히 곤란할 사정이 존재한다면 선이행의무자에게 불안의 항변권이 발생한다.

## 나) 주관적 이행곤란사유

CISG 제72조 제1항은 “계약의 이행기일 전에 당사자 일방이 본질적 계약위반을 할 것이 명백한 경우에는, 상대방은 계약을 해제할 수 있다.” 라고 정하고 있다. 그리고 같은 조 제3항에서 “제2항의 요건(계약해제 이전의 상대방에 대한 통지의무)은 상대방이 그 의무를 이행하지 아니하겠다고 선언한 경우에는 적용되지 아니한다.” 라고 정함으로써 계약위반에 의한 해제사유로서 이행거절을 명시하고 있다. 우리나라의 학설<sup>116)</sup>과 판례<sup>117)</sup> 또한 독자적인 채무불이행의 유형으로서 ‘이행거절’을 인정한다.

그렇다면 상대방이 반대급부의 이행을 명시적으로 거절하거나 그러한 거절을 한 것과 동일시할 수 있는 정도에까지는 이르지 않았더라도 계약의 이행 또는 이행준비의 과정에서 보인 행태가 향후의 이행거절을 예견하기에 충분하다면 선이행의무자에게 불안의 항변권을 부여하여야 할 것이다. 이러한 이행곤란사유를 앞서 본 ‘객관적 이행곤란사유’

---

116) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”, 민법연구 제4권, 박영사, 1997

117) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다77385 판결 등

에 대비하여 ‘주관적 이행곤란사유’로 칭하기로 한다. CISG 제71조 제1항 (나)호가 정하는 ‘계약의 이행 준비 또는 이행에 관한 상대방의 행위’는 같은 항 (가)호가 정하는 객관적 이행곤란사유와 대비되는 주관적 이행곤란사유를 별도로 규정한 것으로 볼 수 있다.

우리나라의 판례 또한 앞서 본 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다93025 판결에서 도급인이 정당한 이유 없이 기성공사금을 지급하지 아니하고 이로 인하여 수급인이 공사를 계속해서 진행하더라도 그 공사내용에 따르는 공사금의 상당 부분을 약정대로 지급받을 것을 합리적으로 기대할 수 없게 된 경우 선이행의무자인 수급인에게 불안의 항변권을 인정함으로써, 주관적 이행곤란사유에 해당하는 상대방의 전기 반대급부에 대한 이유 없는 채무불이행이 불안의 항변권을 발생시킬 수 있음을 인정하였다.

다만 주관적 이행곤란사유는 이행곤란사유가 객관적인 영역뿐만 아니라 상대방의 행위 또는 태도와 같은 주관적인 영역에서도 발생할 수 있다는 의미를 갖는 것이고, 상대방의 어떠한 행위 또는 태도가 이행곤란사유에 해당하는지 여부가 선이행의무자의 주관적인 내심 또는 감정에 의하여 판단될 수 있음을 의미하지는 않는다는 점을 유의할 필요가 있다. 비록 주관적 이행곤란사유라고 하더라도 그것이 선이행의무자로 하여금 향후 상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유에 해당하는지 여부는 계약 체결 및 그 이후의 제반 사정을 종합하여 합리적인 당사자의 입장에서 객관적으로 판단하여야 한다.

#### 라. 이행곤란사유의 정도에 대한 검토

이행곤란사유의 정도는 그 성질상 구체적 사실관계에 비추어 개별적으로 판단할 수밖에 없으므로, 이에 관하여 체계적으로 이론을 정립하는

데에는 한계가 있다. 본항에서는 앞서 본 독일민법과 CISG에서의 논의, 그리고 우리나라의 학설 및 판례를 종합하여 이행곤란사유의 정도를 판단함에 있어 고려하여야 할 대체적인 기준을 정리하고자 한다.

우선 이행이 곤란할 것으로 예상되거나 이미 불이행된 상대방의 반대급부가 전체 반대급부 중에서 차지하는 양적인 비중이 고려되어야 한다. 매매계약에서 전체 매매목적물의 가액에 비하여 매우 경미한 비중을 차지하는 항목 또는 금액에 관해서만 이행이 곤란할 사유가 존재한다거나, 전기 반대급부 중 이행되지 않은 부분이 극히 일부에 불과한 경우에는 불안의 항변권을 인정하기 어렵다.

양적 비중뿐만 아니라 질적인 중요성 또한 고려되어야 한다. 이에 관해서는 계약해제의 요건으로서 ‘주된 채무’와 ‘부수적 채무’를 구별하는 학설<sup>118)</sup> 및 판례<sup>119)</sup>가 많은 시사점을 줄 수 있다. 판례는 채무자가 ‘당해 채무가 계약의 목적 달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 계약의 목적이 달성되지 아니하여 채권자가 그 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무’를 불이행한 경우에만 채권자의 계약해제를 인정하는데, 이에 비추어 보면 불안의 항변권에 있어서도 이행이 곤란할 당해 반대급부가 계약의 목적 달성에 있어서 차지하는 비중, 반대급부가 불이행될 경우 선이행의무자가 계약을 체결하였을 것인지 여부 등의 요소를 고려하여야 할 것이다. 앞서 본 ‘상대방이 반대채무를 이행하지 않을 경우 계약의 목적이 해를 입는 정도’를 고려하여야 한다는 학설 또한 이러한 입장과 상통한다.

그러나 CISG는 제71조 제1항에서 이행정지권의 요건을 ‘의무의 실질적인 부분의 불이행’으로 정한 반면 제72조 제1항에서는 계약해제의 요건을 ‘본질적 계약위반’으로 정하여 명시적으로 그 정도에 차이를

---

118) 박윤직, 94-95면; 민법주해[XIII], 255-259면(김용덕 집필부분)

119) 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다20394, 20400 판결, 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다53705, 53712 판결 등

두고 있으며, DCFR 또한 III.-3:502 제1항에서 ‘채무의 불이행이 본질적인 경우’에만 계약해제를 인정하고 그렇지 않은 때에는 III.-3:401 제2항에서 이행보류권만을 인정하였다.<sup>120)</sup> 이러한 점을 고려하면, 불안의 항변권의 요건으로서의 이행곤란사유 또한 계약해제의 요건으로서의 주된 채무보다 질적으로 낮은 정도의 중요성을 갖는 반대급부의 이행이 곤란한 경우에도 인정되어야 할 것이다.

계속적 채권관계에서 전기 반대급부가 불이행된 경우에도, 그 불이행된 반대급부가 전체 계약 속에서 차지하는 양적·질적 중요성을 종합적으로 검토하여 이행곤란사유에 해당하는지 여부가 결정되어야 한다. 구체적으로는 ① 불이행된 전기 반대급부에 대응하는 전기 선이행의무가 후기 선이행의무와 연속적이고 단일한 의무로서의 의미를 갖는지 아니면 서로 별개의 것으로서 단절되어 있는지, ② 후기 선이행의무의 이행이 전기 반대급부의 이행 여부에 의존하는지(기성고에 따라 공사대금을 지급받아야 다음 공사를 진행할 수 있는 경우 등), ③ 전체 반대급부 중 불이행된 전기 반대급부의 양적 비중 등을 고려하여 전기 반대급부의 불이행이 선이행의무자에게 불안의 항변권을 발생시키는 이행곤란사유에 해당하는지 여부를 달리 판단할 수 있을 것이다. ① 전기·후기 선이행의무가 연속적이고 단일한 의무로서의 의미를 가질수록, ② 후기 선이행의무의 이행이 전기 반대급부의 이행 여부에 의존할수록, ③ 불이행된 전기 반대급부의 양적 비중이 클수록 불안의 항변권이 보다 용이하게 인정될 것이다.

### 3. 이행곤란사유의 발생시점

---

120) 반면 PICC 제7.3.4조 및 PECL 제8:105조는, 계약해제가 가능한 ‘중대한 불이행’ (PICC 제7.3.1조 제1항) 또는 ‘본질적 불이행’ (PECL 제8:103조, 제9:301조 제1항)이 예견되는 때에 비로소 이행유보권 또한 인정한다.

## 가. 문제의 제기

불안의 항변권은 계약 체결 당시에는 존재하지 않았던 이행곤란사유가 체결 이후에 비로소 발생하는 때에 인정 여부가 문제되는 경우가 많다. 그러나 이행곤란사유가 계약 체결 당시 이미 발생하여 있었다고 하더라도 선이행의무자의 입장에서는 상대방의 반대급부를 이행받기 곤란한 것은 마찬가지이므로, 그러한 때에도 선이행의무자가 불안의 항변권을 주장하면서 이행을 거절하는 경우 또한 빈번하다.

이러한 이유로 이행곤란사유의 발생시점, 즉 불안의 항변권이 발생하기 위해서는 이행곤란사유가 계약 체결 이후에 발생한 것이어야 하는지 아니면 계약 체결 이전에 발생한 것이어도 무방한 것인지에 관하여 논의가 있어 왔다.

## 나. 기존의 논의 및 판례

### 1) 입법례 및 외국의 논의

구 독일민법 제321조는 명문으로 ‘계약 체결 후’에 상대방의 재산상태가 현저히 악화하여 반대급부청구권이 위태롭게 되는 경우에만 불안의 항변권이 발생하는 것으로 규정하고 있었다. 독일민법의 입법 당시 제2위원회에서 이행곤란사유가 계약 체결 전에 발생하여 있었던 때에도 일정한 요건하에 선이행의무자에게 불안의 항변권을 인정하는 입법안 제272조 제2항이 논의되었으나 삭제된 사실은 제3장 제1절에서 본 바와 같다. 구 독일민법 제321조의 해석에 관하여는 재산상태의 악화가 계약 체결 전에 발생하였으나 선이행의무자가 이를 인지할 수 없었던 경우에도



위 조항을 유추적용할 수 있는지에 관하여 학설이 대립하였다.<sup>121)</sup>

그러나 현재의 독일민법 제321조 제1항은 선이행의무자가 자신의 반대급부청구권이 상대방의 급부능력 흠결로 인하여 위태로움을 ‘계약 체결 후에 알 수 있게 되는 때’에 불안의 항변권을 취득한다고 규정함으로써 이를 입법적으로 해결하였다. 이러한 독일민법의 개정은 이행곤란사유가 ‘계약 체결 후 판명된 때’ 이행정지권이 발생하는 것으로 정한 CISG 제71조 제1항의 영향을 받은 것으로 보인다. CISG의 위 조항에서 말하는 ‘판명’ (become apparent)은 불이행이 확실해야 하는 것은 아니고 객관적으로 평가할 때 불이행이 발생할 고도의 개연성이 있는 것을 의미한다.<sup>122)</sup> 논리구조상 이는 CISG 제72조 제1항에서 계약해제의 요건으로 정하는 본질적 계약위반을 할 것이 ‘명백한’ (clear) 경우보다는 약한 정도의 개연성을 의미하는 것으로 해석되어야 할 것이다.<sup>123)</sup>

불안의 항변권에 관하여 명문의 규정을 두지 않은 일본에서 학설은 사정변경의 원칙에 의할 때 이행곤란사유로서의 재산상태의 악화는 계약 체결 후에 발생한 것에 한정되어야 한다는 견해와<sup>124)</sup> 재산상태의 악화가 발생한 시점에 차이가 있다고 하여 달리 취급할 합리적 근거가 없다는 견해<sup>125)</sup>가 대립하고 있다.

일본의 판례는 계속적 채권관계에서 재산상태의 악화가 개별계약의 체결 후에 생겼는지 여부에 별다른 관심을 기울이지 않고 기본계약의 체결시점 또는 공급의 개시시점을 기준으로 하거나, 계약체결 당시 이미 재산상태가 악화하여 있었던 경우에도 불안의 항변권을 인정하는 등, 이행곤란사유가 ‘계약 체결 후’에 발생하였을 것을 그리 엄격하게 요구

---

121) Staudinger/Otto, §321, Rn. 20

122) 석광현, 260면

123) Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 71, Para. 15; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 71, Para. 30

124) 柚木, 452면; 清水, 96면

125) 神崎, 465면 이하

하지 않는다.<sup>126)</sup>

## 2) 우리나라의 학설 및 판례

상대방의 재산상태가 악화되어 있는 경우는 착오 또는 사기에 의한 의사표시의 취소, 계약체결상의 과실(설명 의무 위반) 등의 제도로 해결할 수 있고, 신의칙에 의하여 불안의 항변권과 유사한 결론을 도출할 수도 있으므로, 불안의 항변권의 요건으로서의 이행곤란사유는 계약 체결 후에 발생한 것이어야 한다는 견해가 있다.<sup>127)</sup> 반면 이행곤란사유의 인식시점이 계약 체결 후이기만 하면 족하다는 견해도 다수 존재한다.<sup>128)</sup>

판례가 일반론으로서는 “계약성립 후 채권자의 신용불안이나 재산상태의 악화 등의 사정으로 반대급부를 이행받을 수 없는 사정변경이 생”긴 때 불안의 항변권이 발생한다고 판시하고 있음은 앞서 본 바와 같다. 그러나 한편 제3장 제1절 5. 나. 3)항에서 본 바와 같이 다수의 판례는 이행곤란사유가 계약 체결 당시 이미 존재하고 있었던 경우에도 불안의 항변권을 인정하고 있다.

### 다. 검토

#### 1) 이행곤란사유의 발생시점

불안의 항변권의 이론적 근거를 사정변경의 원칙이 아니라 급부의 대가관계와 이에 기초한 위협의 적정한 배분에 두는 이상, 이행곤란사유

---

126) 松井, 65면

127) 임건면, 186면

128) 이은영, 162면; 김동훈(1999-2), 241면; 정종휴, 613면; 김계순, 30-31면

의 발생시점을 계약 체결 이후로 한정할 이유가 없다. 이행곤란사유가 계약 체결 전에 발생한 것이든 후에 발생한 것이든 그로 인하여 선이행 의무자가 반대급부의 이행을 받기 곤란할 상태에 처하여 급부의 대가관계가 위태롭게 된 데에는 차이가 없고, 따라서 불안의 항변권 또한 동등하게 부여하는 것이 타당하기 때문이다.

## 2) ‘선이행의무자의 인지 여부’의 제도적 위치

명문의 규정을 둔 현재의 독일민법 제321조 제1항은 물론 일본과 우리나라의 학설 중 계약 체결 이전에 발생한 것이라도 이행곤란사유가 될 수 있음을 인정하는 견해 또한 선이행의무자가 계약 체결 이후에 비로소 그러한 이행곤란사유를 인지할 것, 또는 인지할 수 있었을 것을 불안의 항변권의 요건으로 삼고 있음은 앞서 본 바와 같다. 그러나 선이행 의무자가 이행곤란사유를 인지할 수 있었다는 이유로 일률적으로 불안의 항변권이 발생하지 않는 것으로 보는 견해는 다음과 같은 문제점을 내포하고 있다.

① 선이행의무자가 계약 당시 이행곤란사유를 인지할 수 있었다고 하여도 이는 원칙적으로 주관의 영역에 속하는 것이다. 이행곤란사유의 존재로 인하여 반대급부의 이행이 곤란해지고 급부의 대가관계가 훼손될 위험이 발생하였다는 데에는 차이가 없다.

② 이행곤란사유의 유형 및 정도, 당사자 사이의 구체적인 약정내용 또는 계약 이후의 경과에 따라서는 선이행의무자가 이행곤란사유를 인지할 수 있었다는 것만으로 그로 인하여 반대급부를 이행받기 곤란할 현저한 위험이 상존하는 것을 수인하였다고 단정할 수 없다.

③ 불안의 항변권은 하나의 이행곤란사유로 인하여 발생할 수

도 있고 여러 이행곤란사유가 중첩되어 발생할 수도 있는데, 위와 같이 본다면 선이행의무자가 중첩된 이행곤란사유 중 일부만을 인지하고 있었거나 인지할 수 있었던 경우를 어떻게 처리할 것인가에 대하여 결론을 내기 어렵다.

거래계에서 흔히 일어나는 사례를 들어보면 위와 같은 문제점을 더욱 선명하게 이해할 수 있다. 매도인이 매수인의 공장설비에 이미 여러 건의 가압류 또는 체납처분이 집행되어 있는 등 변제자력의 중대한 결여가 발생한 상황임을 인지하고 있었으면서도 원자재를 계속 공급받아 사업을 유지·확장하면 대금을 지급할 수 있다는 매수인의 주장(이를 반드시 사기라고 볼 수 있는 것도 아니다)을 믿고 원자재 공급계약을 체결하고 선이행의무를 부담하였는데, 이후 매수인의 미지급 원자재대금이 누적되고 사업전망도 지속적으로 악화되어 가고 있다고 하여도 당초의 원자재 공급계약 당시 매수인의 변제자력이 결여되어 있는 상황임을 인지하고 있었다고 하여 불안의 항변권이 발생할 여지가 전혀 없다고 보는 것은 타당하지 않다.<sup>129)</sup>

선이행의무자가 계약 체결 당시 이행곤란사유를 인지할 수 있었던 경우 불안의 항변권을 인정하지 않는 이유는, 이행곤란사유의 인지가능성 자체가 불안의 항변권의 발생에 영향을 미치는 요소라서가 아니라, 선이행의무자가 이행곤란사유를 인지하고 있었으면서도 계약을 체결하였다는 사실로부터 선이행의무자가 그러한 이행곤란사유로부터 발생하는 반대급부의 위험을 수인하였다는 사실을 쉽게 추인할 수 있기 때문이라고 보아야 한다. 따라서 ‘선이행의무자가 계약 체결 당시 이행곤란사유를 인지하지 못하였을 것’을 불안의 항변권이 발생하기 위한 독자적인

---

129) CISG 이후에 성립된 PICC 제7.3.4조, PECL 제8:105조, DCFR III.-3:401 제2항, 제3항 모두 이행곤란사유의 객관적 발생시점은 물론 당사자가 계약체결 당시 이를 인식하지 못하였다거나 인식할 수 없었다는 점을 요건으로 하고 있지 않는 점 또한 참고할 필요가 있다.

요건으로 보기보다는 아래에서 보는 바와 같은 불안의 항변권의 소극요건으로서 선이행의무자의 ‘위험의 수인’ 여부를 판단하는 데에 있어 하나의 중요한 간접사실로 위치시키는 것이 보다 이론정합적이지 않은가 생각된다.

즉 소송절차에서 선이행의무자는 이행곤란사유가 존재한다는 사실만을 주장·입증함으로써 항변을 다하였다고 보고, 이에 대하여 상대방은 이행곤란사유가 계약 체결 당시 존재하였고 선이행의무자 또한 이를 인지하였거나 인지할 수 있었다는 사정을 다른 사정과 함께 주장·입증함으로써 선이행의무자가 그러한 위험을 수인하였다고 재항변하도록 하는 것이 타당하다.

#### 4. 이행곤란사유 존부의 판단시점

앞서 본 이행곤란사유의 발생시점의 문제가 불안의 항변권이 발생하기 위한 요건으로서의 이행곤란사유가 언제 발생한 것이어야 하는가에 관한 것이라면, 그러한 이행곤란사유의 유무가 구체적으로 어느 시점을 기준으로 판단되어야 하는가에 관한 것이 이행곤란사유 존부의 판단시점의 문제이다

이에 관한 국내의 논의는 많지 않으나, 선이행의무의 이행기를 기준으로 이행곤란사유의 존부를 판단하여야 한다는 견해가 있다.<sup>130)</sup> 그러나 이행곤란사유 존부의 판단시점의 문제는 결국 선이행의무자가 주장하는 불안의 항변권이 실제로 특정 사안에 어떠한 영향을 미칠 수 있는가의 문제로 귀결되므로, 불안의 항변권의 효과 및 소멸의 문제와 분리하여 생각할 수 없다.

---

130) 김동훈(1999-1), 338면; 박진근, 203면

선이행의무자가 상대방의 이행청구에 대응하여 선이행의무 자체의 이행을 거절하기 위하여, 즉 이행거절권능을 행사하기 위하여 불안의 항변권을 행사하기 위해서는 그러한 이행청구를 받는 시점에 불안의 항변권이 존재하고 있어야 하므로, 이행곤란사유의 존부 또한 그 이행청구 시점을 기준으로 판단하여야 한다. 예를 들어 선이행의무의 이행기가 도래하였을 때에는 이행곤란사유가 존재하지 않았으나 이후 이행곤란사유가 발생하였다면, 그 후 상대방이 이행청구를 하였을 때 선이행의무자는 불안의 항변권을 이유로 이행을 거절할 수 있다. 그러나 이에 대하여 상대방이 반대급부 또는 담보를 제공하는 등의 방법으로 이행곤란사유를 제거함으로써 불안의 항변권을 소멸시킨 다음(이는 제6장 제3절에서 상세히 살핀다) 다시 이행청구를 하였다면, 이때는 불안의 항변권이 소멸하였으므로 이제 선이행의무자는 불안의 항변권을 주장할 수 없다.

그러나 상대방이 선이행의무의 이행지체를 이유로 한 손해배상을 청구하는 경우라면, 우선 선이행의무의 이행기가 도래하였을 때를 기준으로 이행곤란사유가 존재하고 있었는지를 판단하여야 할 것이다. 이행곤란사유가 존재하지 않는 상태에서 선이행의무의 이행기가 도래한다면 그 자체로 선이행의무자는 이행지체에 빠지게 되며, 이후 이행곤란사유가 사후적으로 발생하여 선이행의무자가 불안의 항변권을 갖게 되더라도 이미 발생한 이행지체의 상태에서 벗어날 수 있는지에 대해서는 의문의 여지가 있기 때문이다.<sup>131)</sup> 다만 선이행의무의 이행기에 이미 불안의 항변권이 존재하여 이행지체책임을 면하였다고 하더라도 이후 이행곤란사유가 소멸하여 더 이상 불안의 항변권을 주장할 수 없게 되었다면 선이행의무자는 그 때부터 이행지체책임에 빠지게 되므로, 선이행의무의 이행기 이

131) 동시이행의 항변권에 관한 것이기는 하나, 판례는 일단 이행지체에 빠진 채무자라도 사후적으로 동시이행의 항변권을 취득한다면 그 때부터 이행지체책임을 면한다고 보고 있다. 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다577 판결 등. 그러나 이는 학계에서 많은 비판을 받고 있다. 우선 남효순, 118-121면; 민법주해[XIII], 30면(유원규 집필부분) 참조

후 시점에서도 이행곤란사유의 존부 판단은 문제될 수 있다.

## 5. 귀책사유의 요부

불안의 항변권은 급부의 대가관계를 기초로 선이행의무자와 상대방 사이에서 위험을 적정하게 배분하기 위해 인정되는 제도인 점, 위험부담에 관한 민법 제537조가 쌍방의 책임 없는 사유로 채무를 이행할 수 없게 된 때에도 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못하도록 규정한 점 등을 종합하면 손해배상의 법리와는 달리 이행곤란사유의 발생에 상대방의 귀책사유를 요건으로 하지 않는다고 보아야 한다.<sup>132)</sup>

그러나 한편 민법 제538조 제1항이 채무가 채권자의 책임 있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있도록 규정한 취지를 고려하면, 반대급부의 이행곤란사유가 그 채권자인 선이행의무자의 귀책사유로 인하여 발생한 경우는 불안의 항변권이 발생하지 않는다고 보아야 할 것이다.

## 제 4 절 소극적 요소: 선이행의무자의 수인 또는 포기

### 1. 명시적인 약정에 의한 위험의 수인 또는 항변권의 포괄적 포기

---

132) 정종휴, 613면 또한 같은 취지이다.

선이행의무자가 계약을 체결하면서 특정한 이행곤란사유로 인하여 반대급부를 이행받지 못할 위험이 존재함에도 불구하고, 또는 그러한 위험이 향후 발생하더라도 이를 수인하고 선이행의무의 이행을 거절하지 않겠다고 약정하는 것 또한 계약자유의 원칙에 의하여 가능하다. 이 경우 실제로 그러한 이행곤란사유로 인하여 선이행의무자가 상대방의 이행을 받기 현저히 곤란해지더라도 불안의 항변권은 발생하지 않는다.

나아가 이행곤란사유를 특정하지 않고 어떠한 종류의 이행곤란사유이든 계약의 체결 당시 존재하였거나 향후 발생하더라도 불안의 항변권을 포괄적으로 포기하기로 하는 약정 또한 가능할 것이다. 그러나 이러한 약정이 약관의 내용에 포함되어 있는 경우 이는 법률에 따른 고객의 항변권을 상당한 이유 없이 배제하거나 제한하는 조항으로서 특별한 사정이 없다면 약관규제법 제11조 제1호에 의하여 무효로 보아야 한다. 대법원 2002. 11. 26. 선고 2000다52042 판결은 아파트 분양계약의 약관에서 중도금 지급의무를 선이행의무로 정한 경우에 관하여, “중도금의 이행의무가 선이행의무라는 이유만으로 민법 제536조 제2항 등 계약법의 일반원칙에 따른 주택을 공급받고자 하는 자들의 이행거절이나 지체책임면책 등에 관한 일체의 항변권 등을 모두 배제시킨 채 그 이행을 일방적으로 강요하는 것이라고 해석되지 아니하는 한” 무효인 것은 아니라는 취지로 판시하였는데, 이는 달리 말하면 고객이 불안의 항변권을 포괄적으로 포기하기로 하는 내용이 포함된 약관은 약관규제법 제11조 제1호에 의하여 무효가 됨을 판시한 것으로 볼 수 있다.

## 2. 묵시적인 위험의 수인 또는 항변권의 포괄적 포기



## 가. 묵시적인 위험의 수인

### 1) 의의

선이행의무자가 특정한 이행곤란사유로 인한 위험을 수인하는 것은 계약에서 그러한 내용을 명시하는 외에 묵시적으로도 가능하다. 대표적으로 앞서 본 바와 같이 선이행의무자가 상대방의 이행이 현저히 곤란할 사유가 존재한다는 사실을 이미 알고 있으면서도 선이행의무를 부담한 경우, 이는 특별한 사정이 없는 한 그로 인한 위험을 수인하는 의사를 표시한 것으로 봄이 타당하다.

물론 앞서 본 바와 같이 선이행의무자가 특정한 이행곤란사유를 인식하고 있었다고 하여도 계약의 체결 경위와 구체적인 계약내용, 계약 체결 이후의 경과 등에 비추어 묵시적인 위험 수인을 부정하여야 하는 경우 또한 있을 수 있다. 나아가 그러한 특정한 이행곤란사유로 인한 위험을 수인하였다고 하더라도 이에 더하여 다른 이행곤란사유가 누적된다면 불안의 항변권이 발생하는 경우 또한 있을 수 있다.

### 2) ‘경솔한 선이행의무자’의 문제

묵시적인 위험의 수인과 관련하여서는 ‘경솔한 선이행의무자’와 관련된 문제가 제기된다. 합리적인 계약당사자로서 필요한 주의를 다하였다면 당연히 파악하였을 이행곤란사유를 그러한 주의를 기울이지 않은 결과 인지하지 못한 상태로 성급히 선이행의무를 떠맡은 다음, 나중에 손쉽게 불안의 항변권을 매개로 이행을 거절하고자 하는 선이행의무자에게 불안의 항변권을 인정하는 것은 곤란하기 때문이다.<sup>133)</sup>

---

133) 김동훈(2007), 272면

그러한 선이행의무자에게는 주의를 다하지 않은 과실이 있을 뿐이므로 이를 이행곤란사유를 이미 인지하고 있었으면서도 명시적 또는 묵시적으로 그로 인한 위험을 수인한 것과 같이 보는 것은 어렵지 않은가 하는 문제를 제기할 수 있다. 그러나 합리적인 계약당사자로서 당연히 기울였어야 하는 주의를 기울이지 않고 계약을 체결하였다면 그 내심에는 그러한 부주의의 결과 인지하지 못한 이행곤란사유가 존재하더라도 그로 인한 위험을 용인 내지 감수하겠다는 의사가 있었던 것으로 간주하여야 할 것이다. CISG 제71조의 이행정지권에 관하여, 합리적인 사람이었다면 인지하고 있었어야 할 이행곤란사유에도 불구하고 계약을 체결한 당사자는 그러한 이행곤란사유로 인한 위험을 인수한 것으로 간주하여야 한다는 학설<sup>134)</sup> 또한 이와 같은 입장으로 볼 수 있다.

불안의 항변권에 관한 것은 아니나, 자주점유의 추정에 관한 대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 보충의견이 “점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유한 경우에 그 점유자가 정상적인 사고와 행동을 하는 평균인이라면, 동산과는 달리 은닉하여 소유권자의 추급을 회피할 수도 없는 부동산을 점유 개시 당시부터 진정한 소유자의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있었던 것이 아니라, 오히려 진정한 소유자가 그 반환을 구하는 경우에 이를 반환할 것이지만 그 동안 일시적으로 사용하겠다는 의사나 장차 그 소유권자로부터 본권을 취득할 의사로 점유를 개시하였다고 보는 것이 사회통념과 우리의 생활경험에 합치하는 것이고, 그것이 바로 평균인의 보편적 도의관념이라고 할 것이므로, 타인 소유의 부동산을 무단점유한 것임이 증명된 경우에는 그 점유자의 소유의 의사의 추정이 깨어진다고 봄이 마땅하다.” 라고 판시한 것

---

134) Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 71, Para. 16

은 경솔한 선이행의무자에 관해서도 많은 것을 시사한다. 이 판례는 점유자가 대외적으로는 소유의 의사로 다른 사람의 물건을 점유하고 있음을 공표하고 있더라도 사회통념, 생활경험, 그리고 보편적 도의관념에 의하여 객관적으로 해석할 때 그러한 사람의 점유는 자주점유라고 추정할 수 없다는 취지로서, 그러한 의사의 객관적 해석이 앞서 본 경솔한 선이행의무자의 문제에 있어서도 마찬가지로 적용될 수 있기 때문이다.

결론적으로 경솔한 선이행의무자, 즉 필요한 주의를 다하지 않은 결과 이행곤란사유를 인지하지 못하고 선이행의무를 부담한 사람 또한 이행곤란사유를 인지하고 있었던 경우와 같이 원칙적으로 그로 인한 위험을 수인한 것으로 보아 불안의 항변권을 배제하여야 한다.

#### 나. 불안의 항변권의 묵시적인 포괄적 포기

이행곤란사유의 종류가 특정되는 이상 묵시적으로도 위험을 수인하는 것이 충분히 가능함은 앞서 본 바와 같다. 그러나 이미 발생하였거나 장래 발생 가능한 이행곤란사유의 종류를 특정하지 않고 불안의 항변권을 포괄적으로 포기하기로 하는 의사를 묵시적으로 표시하는 것은, 예를 들어 그에 대한 대가로 선이행의무자에게 파격적으로 유리한 거래조건을 부여하였다거나 계약의 전체적인 내용에 비추어 선이행의무자가 반대급부에 어떤 이행곤란사유가 발생하는 경우에도 반드시 자신의 의무를 먼저 이행하기로 묵시적으로 약정하였다고 명확히 판단할 수 있는 경우가 아니면 대개의 경우 인정하기 어려울 것이다.

## 제 5 장

### 불안의 항변권의 효과

#### 제 1 절 문제의 제기

민법 제536조 제2항은 불안의 항변권의 효과에 관하여 “전항 본문과 같다.” 라고 정하여 동시이행의 항변권에 관한 민법 제536조 제1항을 준용하고 있다. 따라서 이행거절권능, 이행지체저지효, 상계금지효 등 통상 동시이행의 항변권의 효과로서 인정되는 권능은 불안의 항변권에서도 동일하게 인정되는 것으로 일반적으로 이해되고 있다.

그러나 동시이행관계를 규율하는 동시이행의 항변권에 관한 법리가 선후이행관계를 규율하는 불안의 항변권에 대해서도 전부 그대로 적용될 수 있다고 보기는 어렵다. 특히 불안의 항변권이 발생하는 경우 선이행 의무자와 상대방 사이의 법률관계를 동시이행관계와 동일하게 볼 수 있는지, 나아가 동시이행관계에서와 같이 각 당사자가 소를 제기한 경우 상환이행판결이 가능한지 등에 관하여 의문이 제기된다. 또한 담보요구권 및 계약해제권, 통지의무의 인정 여부와 같이 동시이행의 항변권과는 무관한 불안의 항변권 특유의 쟁점 또한 존재한다.

#### 제 2 절 이행거절권능

## 1. 의의

불안의 항변권의 본질은 선이행의무자가 반대급부를 이행받기 곤란할 현저한 사유가 있는 때 선이행의무자에게 일시적으로 자신의 의무이행을 거절할 권능을 부여함으로써 급부의 대가관계가 훼손되는 것을 방지하고 선이행의무가 포함된 쌍무계약관계에서 위험을 적정하게 배분하는 데에 있다. 그러므로 선이행의무자는 불안의 항변권이 발생한 경우 상대방으로부터 선이행의무의 이행청구를 받더라도 이를 거절할 수 있다. 이는 불안의 항변권의 핵심적인 효과에 해당한다.

따라서 불안의 항변권이 있는 선이행의무자는 애초부터 의무의 이행에 착수하지 않을 수 있을 뿐만 아니라, 이미 이행에 착수한 이후에도 불안의 항변권을 행사하여 이행을 중단할 수 있다. 운송 중에 있는 계약의 목적물을 반송시키는 것이 이에 해당한다.<sup>135)136)</sup>

그러나 이행거절권능으로서의 불안의 항변권은 동시이행의 항변권과 마찬가지로 이행청구를 받았을 때 선이행의무자가 그 이행을 거절할 수 있음을 의미할 뿐이고, 상대방이 보유하고 있는 선이행의무에 대응하는 채권의 존재 자체가 부정되는 것은 아니다. 따라서 불안의 항변권이 발생하였다고 하더라도 선이행의무자가 일단 자신의 의무를 이행하면 이행

---

135) 임건면, 187면

136) CISG 제71조 제2항은 이러한 경우에 관하여 명문의 규정을 둔 것이다. 위 조항 후문에서 이행정지권의 효력이 매수인과 매도인 간에만 미친다고 규정함에 따라, 운송인에게 매도인은 이행정지권에 따라 운송의 중단을 청구하고 매수인은 증권에 의하여 물건의 인도를 청구하는 경우 운송인이 어떻게 대응하여야 하는가에 관한 문제가 제기된다. 이는 민법의 불안의 항변권에 있어서도 시사하는 점이 적지 않으나 본 논문에서는 더 이상 논하지 않는다. 이에 관하여는 우선 Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 71, Para. 46, 47; 松井, 587면 이하 참조

거절권능은 그 의미를 잃고 소멸하며, 선이행의무자는 이행한 급부의 반환을 청구할 수 없다.<sup>137)</sup> 다만 이는 불안의 항변권이 존재하는 동안의 지연손해금을 임의로 지급한 경우 그 반환을 청구할 수 있는지 여부와는 별개이다(이에 관하여는 후술한다).

## 2. 동시이행관계로의 전환 여부

### 가. 학설

선이행의무자에게 불안의 항변권이 발생하면 반대급부의 이행기가 도래한 것으로 보아 당사자의 각 채무가 선후이행관계에서 동시이행관계로 전환된다는 학설이 있다.<sup>138)</sup> 이러한 견해에 따르면, 선이행의무자가 상대방을 상대로 반대급부를 청구하는 경우 기한이 도래하지 않았음을 이유로 청구가 전부 기각되는 것이 아니라 선이행의무와의 상환이행판결이 선고되는 등의 효과가 발생한다.

이에 대해서는 그러한 효과가 명문으로 규정되어 있지 않을 뿐만 아니라 이행곤란사유가 발생하였다고 하여 선이행권리자가 계약을 위반한 것이 아닌데도 그에게 불리한 방향으로 계약내용을 본질적으로 변경하는 것은 부당하다는 등의 이유로 반대하는 견해가 있다.<sup>139)</sup>

우리나라의 학설 또한 불안의 항변권은 존재 자체만으로는 아무런 의미가 없고 실제로 행사하여야만 그 효과가 발생할 수 있다는 전제하에 불안의 항변권의 존재가 반대급부의 이행기를 변경시키는 효력을 발생시

---

137) 박진근, 205면

138) 清水, 97면

139) Soergel/Gsell, §321, Rn. 56; Staudinger/Schwarze, §321, Rn. 70

킬 수 없다는 견해<sup>140)</sup>, 상대방의 기한의 이익을 상실케 하는 것은 일반 거래의 관점에서 합리적이라고 할 수 없다는 견해<sup>141)</sup>, 동시이행관계로 전환된다고 보는 것은 원래 서로 달랐던 법률관계를 단순화하여 동일하게 취급하는 것으로서 사물의 성질에 반하므로 선후이행관계를 유지한 채 이행거절권능만을 인정하는 것이 타당하다는 견해<sup>142)</sup> 등 동시이행관계로의 전환에 부정적인 입장이 다수이다.

## 나. 판례

판례는 선이행의무자에게 불안의 항변권이 발생하여도 선후이행관계가 동시이행관계로 전환되는 것은 아니라고 보고 있다. 대표적으로 대법원 1997. 7. 25. 선고 97다5541 판결은 “이행거절의 권능은 어디까지나 자기 채무의 이행을 거절할 권능에 지나지 아니할 뿐 당초에 약정된 변제기를 변경시키거나 변제기의 정함이 없는 채무로 그 성질을 변경시키는 효력을 가지는 것이 아니므로 설사 이행거절 권능을 가지는 매수인이 이를 행사하지 않고 대금채무를 이행하였다고 할지라도 납부기한 전에 선납한 것에 해당한다고 볼 수 없다.” 라고 판시하고, 토지의 매수인이 불안의 항변권이 발생한 상태에서 선이행의무인 중도금 및 잔금지급의무를 그대로 이행하였더라도 이는 이행기 전의 변제가 아니어서 계약상 선납할인약정이 적용될 수 없다고 판단하였다.

## 다. 검토

민법 제536조 제2항이 불안의 항변권의 효과에 관하여 “전항 본문

---

140) 김동훈(1999-1), 346-347면

141) 박진근, 201면

142) 남효순(2001), 128면

과 같다.” 라고 정하여 동시이행의 항변권에 관한 제1항을 준용하고 있는 이상, 불안의 항변권이 발생하는 경우 선후이행관계가 동시이행관계로 전환된다고 보는 견해가 법률에 근거가 없다고까지는 말할 수 없다. 그런데 동시이행관계로 전환되는 경우, 그 이전까지 선이행권리를 보유하고 있던 상대방은 이제 자신의 채권을 행사하기 위해서 반대급부를 이행하거나 이행제공하여야 한다. 이는 다음과 같은 점에서 문제가 있다.

① 불안의 항변권은 상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에 발생한다. 따라서 상대방은 자신의 반대급부 자체를 이행하거나 이행제공하지 않더라도 적절한 담보를 제공하는 등으로 이행곤란사유를 소멸시킬 수 있는 조치를 취함으로써 급부의 대가관계가 훼손될 위험을 충분히 제거할 수 있으며, 이로써 불안의 항변권은 그 목적을 달성하고 소멸한다.

② 계속적 채권관계와 같이 그 성질상 필연적으로 선이행의무가 발생할 수밖에 없는 쌍무계약에서는 불안의 항변권이 발생한다고 하더라도 선이행의무자가 자신의 의무를 먼저 이행할 수밖에 없으므로 선후이행관계가 동시이행관계로 전환될 수 없다.

③ 일방이 선이행의무를 부담하기로 하는 데에 각 계약당사자의 의사가 합치하였는데도 반대급부에 이행곤란사유가 존재한다는 이유만으로 선후이행관계가 동시이행관계로 전환된다고 보는 것은 당사자의 의사에 지나치게 반한다.

따라서 불안의 항변권이 발생한다고 하더라도 각 당사자의 채무는 동시이행관계로 전환되는 것이 아니라 선후이행관계가 유지된다고 보는 것이 타당하며, 그런 점에서 민법 제536조 제2항의 “전항 본문과 같다.” 는 문언은 해석에 신중을 기할 필요가 있다. 다만 입법론으로서는



선이행의무자에게 불안의 항변권의 효력으로서 적극적인 담보요구권을 인정하고, 상대방이 이에 응하지 않을 경우 동시이행관계로 전환된다는 규정을 두는 것을 고려할 수 있을 것이다.<sup>143)</sup>

이렇듯 불안의 항변권이 발생하였다고 하여도 선후이행관계가 동시이행관계로 전환되는 것이 아니므로 선이행의무자는 여전히 상대방의 청구에 응하여 먼저 자신의 의무를 이행하여야 하는 상대적으로 소극적인 지위에 있다. 그러한 점에서 선이행의무자는 곧바로 상대방에 대하여 반대급부를 이행청구할 수 있는 동시이행관계에서의 당사자와 동등한 정도의 위험만을 부담할 수는 없다. 이는 아래에서 논하는 불안의 항변권의 효과 중 상환이행판결의 가부, 담보요구권 및 계약해제권의 발생 여부에 관하여 특히 중요한 의미를 갖는다.

### 3. 상환이행판결의 가부

#### 가. 상대방이 선이행의무의 이행을 청구하는 경우

##### 1) 문제의 제기

앞서 본 바와 같이 불안의 항변권이 발생한다고 하더라도 선후이행관계는 동시이행관계로 전환되지 않는다. 따라서 상대방이 소송으로써 선이행의무의 이행을 청구하는 경우 선이행의무자는 불안의 항변권을 행사함으로써 그 이행을 거절할 수는 있어도, 상대방의 반대급부와 상환으로 자신의 의무를 이행할 것을 항변할 수는 없다.

---

143) 김동훈, “민법 제536조 제2항(불안의 항변권)의 개정론”, 법학논총 제25집 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2012[이하 ‘김동훈(2012)’], 66-67면

그러나 상대방, 즉 선이행권리자가 어떠한 경우에도 상환이행판결을 선고받을 수 없다고 한다면, 그보다 열위에 있다고 볼 수 있는 동시이행관계의 채권자는 오히려 자신의 반대급부와 상환으로 일부인용판결을 선고받을 수 있는 반면, 선이행권리자는 상대방이 불안의 항변권을 갖고 있다는 이유로 언제나 전부기각판결을 선고받을 수밖에 없게 되어 균형이 맞지 않는 것이 아닌가 하는 의문을 제기할 수 있다.

## 2) 독일의 학설과 판례

독일의 학설에서는 선이행권리자의 이행청구에 대하여 선이행의무자가 불안의 항변권으로 항변하면 다시 이에 대하여 선이행권리자는 적정한 담보를 제공하겠다는 내용으로 재항변할 수 있고, 이 경우 담보의 제공과 상환으로 선이행의무의 이행을 명하는 판결이 선고될 수 있다는 견해가 있다.<sup>144)</sup> 반면 반대급부와 담보제공을 같이 볼 수 없다는 전제하에, 반대급부와 상환으로 선이행의무의 이행을 명하는 판결은 선고될 수 있으나 담보제공의 경우는 담보의 제공이 먼저 이행되어야 선이행의무의 이행을 명하는 판결이 선고될 수 있다는 견해도 있다.<sup>145)</sup>

독일의 판례는 선이행권리자가 단순히 이행청구를 한 사안에서도 반대급부의 이행 또는 담보의 제공과 상환으로<sup>146)</sup> 선이행의무의 이행을 명하고 있다.<sup>147)</sup>

## 3) 검토

---

144) Soergel/Gsell, §321, Rn. 48

145) Gernhuber, 372면

146) 독일민법 제321조는 문구에 약간의 차이는 있으나 개정 전·후의 조문 모두 반대급부의 실현 또는 담보의 제공시 불안의 항변권이 소멸함을 명시하고 있다.

147) BGH 9. 10. 1958, WM 1958. 1545

동시이행관계에 있는 채권자가 단순히행을 청구한 경우에도 채무자가 동시이행의 항변을 하면 동시이행의 항변권의 소멸사유인 반대급부와 상환이행판결이 선고되는 것이 확고한 통설이자 판례인 이상, 그보다 강한 청구권을 갖고 있다고 할 수 있는 선이행권리자가 단순히행청구를 한 경우에 불안의 항변권의 소멸사유인 반대급부 또는 담보의 제공과의 상환이행판결이 불가능하고 예외 없이 전부기각판결이 선고되어야 한다는 것은 균형이 맞지 않는다.

다만 불안의 항변권이 인정된다고 하여 선후이행관계가 동시이행관계로 전환되지 않으므로 선이행의무자가 불안의 항변권을 행사한 경우 곧바로 반대급부 그 자체와 상환으로 선이행의무의 이행을 명하는 판결을 선고하는 것 또한 곤란하다. 선이행권리자로서는 반대급부를 이행 또는 이행제공하지 않더라도 이행곤란사유를 소멸시킬 수 있는 적절한 담보를 제공할 수 있기 때문이다.

그러나 법원이 직권으로 특정한 담보와의 상환이행판결을 선고하는 것은 불가능하다. 동시이행의 항변권에서는 상환의 대상이 되는 급부가 계약에 의하여 명확히 특정되지만, 불안의 항변권에서는 이행곤란사유를 제거할 수 있는 담보가 매우 다양할 수 있으므로(특히 반대급부가 금전채무가 아닌 때에 더욱 그러하다. 이에 관하여는 후술한다), 법원이 임의로 특정한 담보와의 상환이행판결을 선고하는 것이 실질적으로 불가능할 뿐만 아니라 민사소송의 원칙인 당사자처분권주의에도 반하기 때문이다.

그렇다면 앞서 본 독일에서의 견해를 일부 변용하여, 선이행권리자의 청구에 대하여 선이행의무자가 불안의 항변권으로 항변하면, 다시 선이행권리자는 ① 불안의 항변권이 존재하지 않는다고 다투거나(이 경우는 재항변이 아니라 항변의 부인이 될 것이다), ②-㉔ 선이행의무자가

주장하는 이행곤란사유를 제거할 수 있는 적절한 담보를 제공하는 것과  
의 상환이행판결을 구하는 취지로 재항변하거나, ②-④ 반대급부와 의 상  
환이행판결을 구하는 취지로 재항변하도록 하는 방안을 검토할 수 있다.

법원으로서 ①의 주장에 대해서는 불안의 항변권의 요건이 충족  
되는지 여부를 살펴 인정된다면 전부기각판결을, 부인된다면 전부인용판  
결을 선고하고, 불안의 항변권이 인정된다는 전제하에 ②-④의 재항변에  
대해서는 선이행권리자가 제시하는 담보가 이행곤란사유를 제거하기 적  
절한 것으로 판단된다면 그 담보와의 상환이행판결을, 부적절한 것으로  
판단된다면 전부기각판결을 선고하며, ②-④의 재항변에 대해서는 선이  
행권리자가 선이행의무를 이행받기 위하여 자신의 반대급부를 이행하기  
로 스스로 선택한 것이므로 반대급부와 의 상환이행판결을 선고하면 될  
것이다.

이러한 방안은 선이행권리자에게 이행곤란사유를 제거할 수 있는  
적절한 담보를 제시할 책임을 부여하기는 하나, 담보는 반대급부 그 자  
체에 비하여 부담이 적을 뿐만 아니라 선이행권리자가 어떠한 담보를 제  
공할지 스스로 최선의 것을 선택하여 재항변할 수 있으므로 동시이행판  
결에 비하여 선이행권리자에게 과도하게 불리한 것이라고 할 수 없고,  
결국 동시이행관계에서의 채권자와의 균형, 당사자의 처분권주의 및 소  
송경제를 가장 잘 조화시킬 수 있을 것으로 판단된다.

#### 나. 선이행의무자가 반대급부를 청구하는 경우

선후이행관계가 동시이행관계로 전환되는 것이 아닌 이상 선이행의  
무자가 먼저 자신의 의무를 이행하지 않고 상대방의 반대급부를 청구하  
는 것은 허용될 수 없다. 그러한 내용으로 소를 제기하더라도 전부인용  
판결은 물론 상환이행판결도 불가능하다고 보아야 한다.<sup>148)</sup>

불안정선이행의무의 경우 선이행의무자가 자신의 의무를 이행하지 않고 있는 상태에서 반대급부의 이행기가 도래하면 그 때부터 당사자의 선후이행관계는 동시이행관계로 전환되므로 법원은 선이행의무자의 급부와 상환으로 반대급부의 이행을 명하는 상환이행판결을 선고할 수 있다. 그러나 이는 동시이행관계로 전환된 이후에 비로소 상환이행판결이 가능하다는 의미이고 불안의 항변권을 보유하고 있을 뿐인 선이행의무자가 상환이행판결을 구할 수 있음을 뜻하는 것은 아니므로 구별할 필요가 있다.

### 제 3 절 이행지체저지효 및 상계금지효

#### 1. 의의

불안의 항변권을 갖고 있는 선이행의무자는 자신의 의무이행을 거절할 수 있으므로, 선이행의무를 이행하지 않았다는 이유로 이행지체에 따른 손해배상채무 또한 부담하지 않는다. 통상 이를 이행지체저지효라 한다. 판례는 불안의 항변권이 이행지체저지효를 발생시키는 이유를 선이행의무자의 이행지체가 항변에 기한 정당한 행위로서 위법성이 없기 때문이라고 보고 있다.<sup>149)</sup>

148) 독일의 통설과 판례 또한 이를 부정한다. Soergel/Gsell, §321, Rn. 56; Staudinger/Schwarze, §321, Rn. 70; BGH 27. 6. 1985. WM 1985. 2696

149) 대법원 1995. 2. 28. 선고 93다53887 판결 등. 다만 앞서 본 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다93025 판결은 불안의 항변권이 발생한 경우 선이행의무자는 자신의 의무를 이행하지 아니하여도 ‘귀책사유’가 없다는 원심의 판단을 긍정하였는데, 대법원이 이 판결로써 불안의 항변권이 위법성을 조각하는

또한 불안의 항변권이 부착된 선이행권리를 자동채권으로 하는 상계가 가능하다면 항변권의 존재에도 불구하고 그 이행이 강제되는 것과 동일한 결과를 낳으므로 이는 허용될 수 없다.<sup>150)</sup> 통상 이를 상계금지효라 한다.

## 2. 개별 쟁점에 대한 검토

### 가. 이행지체저지효의 발생을 위해 항변권의 행사가 필요한지 여부

이행거절권능은 존재 자체만으로는 아무런 의미가 없는 것이므로 불안의 항변권이 발생하더라도 선이행의무의 이행기가 도래하면 자동적으로 이행지체책임이 발생하며, 다만 선이행의무자가 구체적으로 이행곤란사유를 제시하면서 자신의 이행을 거절함으로써 이행거절권능을 행사하여야만 이행지체책임을 면한다는 견해가 있다(행사효과설).<sup>151)</sup>

그러나 이에 대해서는 이행곤란사유를 비롯한 불안의 항변권의 요건이 모두 갖추어졌다면 항변권의 원용이 없더라도 이행지체책임을 발생하지 않는다는 견해가 존재한다(존재효과설).<sup>152)</sup> 우리 판례 또한 불안의 항변권의 존재 자체로 선이행의무자는 이행지체책임을 면한다고 보고 있다.<sup>153)</sup>

---

것으로 본 기존의 입장을 명시적으로 변경한 것인지는 불분명하다. 이에 관하여는 앞으로 보다 깊이 있는 검토가 필요할 것으로 생각된다.

150) 이와 달리 선이행의무자가 자신의 다른 채권을 자동채권으로, 선이행의무를 수동채권으로 하여 상계하는 것은 스스로 불안의 항변권을 포기하고 선이행의무를 이행한 것과 같은 결과가 되므로 이를 금지할 필요가 없다.

151) 김동훈(1999-2), 243-244면

152) 이은영, 163면; 곽중훈, “선이행의무에 대한 이행거절권능과 이행지체책임”, 대법원판례해설 1997년 하반기(통권 제29호), 법원도서관, 1997, 129면

153) 대법원 1997. 7. 25. 선고 97다5541 판결; 대법원 1999. 7. 9. 선고 98다

독일의 판례는 독일민법 제320조가 정하는 동시이행의 항변권과 마찬가지로 불안의 항변권 존재 자체로 선이행의무자가 이행지체로 인한 손해배상책임을 면한다고 보면서도, 자신의 의무를 이행하지 않고 있는 선이행의무자에게 상대방이 의무이행을 요구하는데도 선이행의무자가 불안의 항변권을 구체적으로 행사함으로써 반대급부청구권이 위태로움을 이유로 이행을 거절한다는 사실을 알리지 않으면 상대방은 독일민법 제323조 제1항에 따라 계약을 해제할 수 있다고 한다.<sup>154)</sup> 이는 불안의 항변권의 이행지체저지효를 보다 세분화하여 손해배상책임에 관해서는 당연 효과설을 취하면서도, 상대방으로서는 선이행권리자가 불안의 항변권을 이유로 이행을 거절하고 있다는 사실을 알지 못하는 상태에서는 반대급부 또는 담보의 제공을 통하여 불안의 항변권을 소멸시킬 기회를 가질 수 없다는 점을 고려하여 채무불이행을 원인으로 한 계약해제에 관해서는 일부 행사효과설과 유사한 입장을 취한 것으로 볼 여지가 있다.

이 쟁점은 결국 불안의 항변권, 나아가 항변권이라는 개념 자체를 현실적인 거절행위를 전제로 하는 적극적인 작위개념으로 이해하여야 하는가의 문제와 직결된다. 일반적으로 항변권이 청구권의 행사에 관하여 그 작용을 막아 그치게 하는 권리를 뜻하는 이상 항변권의 개념을 어떻게 구성할 것인지는 청구권의 개념구성과 밀접한 관련이 있다. 그런데 이행기의 정함이 없는 채무는 그 실현을 위해 채권자의 적극적인 이행청구가 필요하나(민법 제387조 제2항) 확정기한부 채무는 그 이행기가 도래하는 것만으로 이행지체책임이 발생하고(민법 제387조 제1항) 불확정기한부 채무 또한 채무자가 그 이행기의 도래를 안 날을 경과함으로써 이행지체책임이 발생하는 등(민법 제387조 제2항), 채권 내지 청구권이

---

13754, 13761 판결 등

154) BGH 11. 12. 2009, NJW 2010, 1272. 또한 이 경우 선이행의무자는 신의칙(독일민법 제242조)에 따른 모순행위금지의 원칙에 의하여 사후적으로 불안의 항변권을 행사할 수 없다고 판시하였다.

일정한 효력을 발휘하여 채무자에게 이행지체책임이 발생하는 데에 반드시 채권자의 이행청구라는 적극적인 작위가 필요한 것은 아니므로, 청구권의 반대개념으로서의 항변권 또한 반드시 채무자의 현실적인 거절을 전제로 하는 권리로 볼 것은 아니며 채무이행을 하지 않아도 되는 지위로 이해하는 것이 타당하다.<sup>155)</sup> 따라서 일단 불안의 항변권이 발생하면 선이행의무자는 상대방에게 이를 구체적으로 행사하는 등 별도의 조치를 취하지 않더라도 이행지체책임을 면하게 된다고 보아야 한다.

앞서 본 바와 같은 독일의 판례는 시사하는 바가 적지 않으나, ① 위 독일판례에 의하더라도 그 결론의 이론적 근거가 精緻하게 밝혀졌다고 보기에는 부족함이 없지 않은 점, ② 「채권법의 현대화에 관한 법률」로써 불안의 항변권에 관한 조문을 개정하면서 담보요구권과 계약해제권을 명시한 독일민법과 달리 선이행의무자의 적극적인 담보요구 및 계약해제를 통한 계약관계로부터의 이탈을 허용하지 않는 우리 민법에서(이에 관하여는 후술한다) 여전히 반대급부에 이행곤란사유가 존재하고 있는 선이행권리자가—스스로 그 이행곤란사유의 존재를 인식하고 있는지의 여부를 불문하고—보다 용이하게 계약관계로부터 이탈할 수 있도록 하는 것이 형평에 맞는 것인지에는 의문의 여지가 있는 점 등을 고려하면, 이행지체저지효에 관하여 독일의 판례와 같은 해석론을 취하는 것은 신중을 기할 필요가 있다고 생각된다.

#### 나. 이행지체로 인한 손해를 배상한 이후 그 반환청구의 가부

선이행의무자가 불안의 항변권이 발생한 상태에서 선이행의무를 이행하더라도 그 반환을 청구할 수 없음은 앞서 본 바와 같다. 그러나 선이행의무 자체가 아니라 연체료, 지체상금 등 이행지체로 인한 손해를

---

155) 남효순(2001), 112-113면



배상한 경우 그 반환을 청구할 수 있는지는 별개의 문제이다.

판례는 일관되게 불안의 항변권의 존재 자체로 이행지체책임이 발생하지 않는 이상, 선이행의무자는 이미 지급한 연체료, 지체상금 등 이행지체로 인한 손해배상금을 부당이득으로서 반환을 청구할 수 있다고 보고 있다.<sup>156)</sup> 나아가 그러한 손해배상금의 지급이 민법 제742조가 정하는 비채변제에 해당하여 부당이득반환을 구할 수 없는 것이 아닌가 하는 점에 관하여도, “채무 없는 자가 착오로 인하여 변제한 것이 아니라면 비채변제는 지급자가 채무 없음을 알면서도 임의로 지급한 경우에만 성립하고 채무 없음을 알고 있었다 하더라도 변제를 강제당한 경우나 변제거절로 인한 사실상의 손해를 피하기 위하여 부득이 변제하게 된 경우 등 그 변제가 자기의 자유로운 의사에 반하여 이루어진 것으로 볼 수 있는 사정이 있는 때에는 지급자가 그 반환청구권을 상실하지 않는다고” 보아야 하는데, 판결의 대상이 된 구체적인 사실관계에 비추어 선이행의무자가 지급한 연체료는 채무 없음을 모르고 변제하였거나 채무 없음을 알고서도 변제거절로 인한 사실상의 손해를 피하기 위하여 그 자유로운 의사에 반하여 부득이 변제한 것이어서 비채변제에 해당하지 않는다고 본 사례가 있다.<sup>157)</sup>

이에 대해서는 선이행의무자가 구체적으로 불안의 항변권을 행사하여야 이행지체저지효가 발생한다는 전제하에, 이미 이행한 선이행의무 자체와 연체료 등 이행지체로 인한 손해배상금 모두 반환을 청구할 수 없고 오히려 불안의 항변권이 발생하였다는 사실을 인지하고 있었으면서도 연체료를 지급하기까지 하였다면 불안의 항변권을 포기한 것으로 보아야 한다는 견해가 있다.<sup>158)</sup> 그러나 앞서 본 바와 같이 불안의 항변권

---

156) 대법원 1997. 7. 25. 선고 97다5541 판결, 대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다24106, 24113 판결

157) 대법원 1997. 7. 25. 선고 97다5541 판결

158) 김동훈(1999-1), 347-348면

은 그 존재 자체로 이행지체저지효가 발생한다고 보아야 하므로 선이행 의무자가 지급한 연체료, 지체상금 등의 손해배상금은 법률상 원인, 즉 이행지체의 채무불이행으로 인한 손해배상의무가 없어 부당이득에 해당하고, 따라서 민법 제742조의 비채변제에 해당하지 않는 한 선이행의무자는 그 반환을 청구할 수 있다.

불안의 항변권이 발생하였음에도 선이행의무자가 자신의 의무를 이행하고 이행지체로 인한 손해까지 모두 배상하였다면 구체적인 사실관계에 따라서는 불안의 항변권을 포기한 것으로 보아야 하는 경우도 있을 수 있다. 그러나 거래계의 현실에서 선이행의무자가 불안의 항변권이 발생하였는지 여부를 확신하지 못하는 경우가 많고, 나아가 사실상의 불이익을 피하기 위하여 상대방의 요구에 따라 지체상금 등 그가 주장하는 손해배상금을 일단 전액 지급하는 사례 또한 적지 않으므로, 특별한 사정이 없는 한 이러한 경우 선이행의무자가 불안의 항변권을 포기한 것으로 보기는 어려울 것이다.

## 제 4 절 담보요구권 및 계약해제권의 발생 여부

### 1. 입법례, 판례 및 학설

#### 가. 독일민법 제321조

구 독일민법 제321조는 담보가 제공될 때까지만 불안의 항변권이 존재한다는 취지를 정하고 있었을 뿐이고, 명시적으로 선이행의무자에게

담보요구권 및 계약해제권을 부여하지는 않았다. 그러나 이에 대해서는 신의칙에 관한 독일민법 제242조<sup>159)</sup>를 적용하여 상대방이 담보를 제공하지 않는 것은 신의칙이 정하는 행위규범에 반하는 것이므로 담보요구권 및 계약해제권을 인정하여야 한다는 견해<sup>160)</sup>, 상대방이 담보를 제공하지 않는 경우 객관적 행위기초가 상실된 것으로 보아 계약해제권을 인정할 수 있다는 견해<sup>161)</sup> 등이 존재하였다. 독일의 판례 또한 상대방이 반대급부 또는 담보를 제공함으로써 재산상태의 악화라는 위험상태를 제거하지 않는 경우 선이행의무자는 독일민법 제242조에 의하여 계약을 해제할 수 있다고 보았다.<sup>162)</sup>

현재의 독일민법 제321조 제2항은 선이행의무자가 상당한 기간을 정하여 상대방이 선이행의무와 상환으로 그의 선택에 좇아 반대급부를 실현하거나 담보를 제공하도록 요구할 수 있고 그 기간이 도과된 경우 계약을 해제할 수 있다고 정함으로써, 스위스채무법 제83조와 유사하게 담보요구권 및 계약해제권을 명문으로 입법하였다.

#### 나. CISG, PICC, PECL 및 DCFR

CISG 제71조 제3항은 상대방이 적절한 보장, 즉 담보를 제공한 경우 이행정지권이 소멸하는 것으로 규정하고 있다. 반대급부 자체의 제공을

159) 독일민법 제242조 [신의성실에 좇은 급부]

채무자는 신의성실이 거래관행을 고려하여 요구하는 대로 급부를 실행할 의무를 부담한다.

[조문 번역은 양창수, 독일민법전(2015년판), 박영사, 2015에 의함]

160) Staudinger/Otto, §321, Rn. 41

161) Soergel/Gsell, §321, Rn. 59

162) BGH 13. 11. 1953, NJW 1954. 229. 독일의 통설이 구 독일민법 제321조의 이론적 근거를 객관적 행위기초론에 두고 있었고 또한 당시 객관적 행위기초론의 조문상 근거를 독일민법 제242조에서 찾는 견해가 유력하였던 점에 비추어 보면, 이 판례 또한 객관적 행위기초론을 근거로 계약해제권을 도출한 것이라고 보는 견해가 있다(松井, 104면).

언급하지 않은 점을 제외하면 이러한 CISG의 규정체계는 앞서 본 구 독  
일민법 제321조와 유사한 것으로 볼 수 있다. 그러나 CISG에 관하여 다  
수의 견해는 상대방이 담보를 제공하지 않더라도 그 자체로는 계약해제  
권이 발생하지 않으며 다만 CISG 제72조 제3항 소정의 ‘상대방의 이행  
거절’ 여부를 판단하는 데에 고려할 요소가 될 수 있을 뿐이라고 한  
다.<sup>163)</sup>

당초 CISG 초안 제47조(현재의 제71조) 제3항에서는 현재의 조문에  
덧붙여 “통지로부터 합리적인 기간 내에 상대방이 보장을 제공하지 않  
은 경우 이행을 정지한 당사자는 계약을 해제할 수 있다.” 라고 정하고  
있었다.<sup>164)</sup> 그러나 이후 전체위원회에서 ① 적절한 보장을 제공하지 않  
는다는 것이 해제권 발생의 요건으로서 명확하지 않고, ② 제49조(현재  
의 제72조)의 요건이 충족되었을 때에 해제권을 부여하는 것이 타당하다  
는 이유로 이행정지권에 관한 조항에서는 계약해제권이 삭제되었다.<sup>165)</sup>  
이러한 입법 과정에 비추어 보면 CISG 제71조의 이행정지권에서는 다수  
설과 같이 계약해제권이 발생하지 않는 것으로 봄이 타당하다.

DCFR III.-3:401 제2항 또한 “채무자가 적당한 이행의 보장을 제공  
한 경우에는 이행을 보류할 권리는 상실된다.” 라고만 정하고 있을 뿐  
채권자에게 적극적인 담보요구권 또는 채무자가 보장을 제공하지 않은  
경우의 계약해제권은 규정하고 있지 않다. DCFR은 ‘본질적 채무불이  
행’ (fundamental non-performance)이 있는 경우에만 계약의 해제를 인정함  
으로써(DCFR III.-3:504), 구체적인 규정내용에 차이는 있으나 ‘본질  
적’ 계약위반 또는 채무불이행이 있는 경우에만 계약해제를 인정하고  
본질적이지 않은 경우에는 이행거절권능만을 인정한다는 점에서 CISG와

---

163) Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 71, Para. 55; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 71, Para.  
56

164) Honnold, 250, Para. 99

165) Honnold, 347, Para. 420

동일하다.<sup>166)</sup>

반면 PICC 제7.3.4조는 “당사자는 적절한 이행보장을 요구할 수 있고...(중략)...합리적인 기간 내에 그러한 이행보장이 제공되지 않는 때에는 이행보장을 요구한 당사자는 계약을 해제할 수 있다.” 라고 정하고 있고, PECL 제8:105조 또한 “당사자는 적절한 이행의 상당한 보장을 요구할 수 있고” (제1항), “이 보장이 합리적 기간 내에 주어지지 아니하는 경우에, 이를 요구하는 당사자가 장래 상대방의 본질적 불이행이 있을 것으로 여전히 합리적으로 믿고 또 지체 없이 해제의 통지를 하는 때에는 그는 계약을 해제할 수 있다.” (제2항)라고 정함으로써, 세부 요건에 차이는 있으나 담보요구권 및 계약해제권을 명문으로 인정하고 있다.

#### 다. 일본민법

불안의 항변권에 관하여 명문의 규정을 두지 않은 일본민법에서는, 이행거절권능만으로도 선이행의무자를 충분히 보호할 수 있으므로 적극적인 담보요구권을 부여할 필요가 없고 상대방의 재산상태의 악화를 채무의 이행이 곤란한 것과 같이 볼 수 없으며 선이행의무자는 반대급부청구권의 이행기가 도래하기 전까지는 상대방에 대하여 자신의 채권을 행사할 수 없으므로 그 이행기가 도래하기 전에 계약해제권 또한 인정할 수 없다는 견해가 있다.<sup>167)</sup>

그밖에도 일반적으로는 담보요구권이 인정될 수 없으나 재산상태의 악화에 상대방의 귀책사유가 있는 때에는 담보요구권을 인정할 수 있다는 견해<sup>168)</sup>, 사정변경의 원칙을 실제적 권리에 관련되는 규범으로 본다면 불안의 항변권이 발생하는 경우 계약내용의 수정으로서의 담보요구권

---

166) Christian von Bar, 98면(안태용 집필부분)

167) 神崎, 466-467면

168) 清水, 97면

과 그 불이행시의 계약해제권을 인정할 수 있다는 견해<sup>169)</sup> 등이 있다.

## 2. 우리나라의 학설 및 판례

우리 학설의 많은 견해는 선이행의무자에게 이행거절권능을 부여하는 것만으로는 보호에 충분치 못하고 불확정적인 법률관계가 장기간 방치될 수 있다는 점을 들어 불안의 항변권을 갖는 선이행의무자에게 담보요구권을 부여하고 상대방이 상당한 기간 내에 이에 응하지 않으면 계약을 해제할 수 있도록 하여야 한다고 본다.<sup>170)</sup>

불안의 항변권의 효력으로서의 담보요구권 및 계약해제권에 관하여 명시적으로 판단한 판례는 발견하기 어렵다. 대법원 1994. 12. 22. 선고 93다60632, 93다60649(반소) 판결이 불안의 항변권에 기초한 계약해제권을 인정한 판례라는 견해가 있다.<sup>171)</sup> 그러나 위 판결은 기계의 제작 및 공장 내 설치계약에서 선이행의무인 중간기성금 지급채무를 부담하고 있던 피고가 그 이행을 일시 지체하던 중이더라도 공장에 반입된 자동화기계에서 중대한 문제점이 발견되어 시운전 성공 여부가 불투명하게 된 때로부터 중간기성금의 지급을 거절할 수 있고, 나아가 “그러한 문제점이 상당한 기간 내에 해결될 가망이 없어서 계약의 본래의 목적을 달성할 수 없는 사정이 생긴 때에는 자신의 중간기성금채무의 이행을 제공하지 아니하고 바로 계약을 해제할 수 있다.” 라고 판시하였는데, 이는 단순히 이행곤란사유가 존재하는 정도를 넘어 반대급부의 이행불능, 즉 ‘계

---

169) 潮見, 195-196면

170) 임건면, 188-190면; 김동훈(1999-2), 245-246면; 정종휴, 614-615면; 김계순, 42면. 다만 이은영, 164-165면은 불안의 항변권의 효과로서 이행거절권, 이행지체저지효, 상계금지효만을 언급하고 있다.

171) 임건면, 190면

약의 본래의 목적을 달성할 수 없는' 단계에 이른 때 비로소 선이행의 무자가 계약을 해제할 수 있음을 의미하는 것으로 보아야 하고, 이를 들어 판례가 불안의 항변권의 효과로서 계약해제권을 인정하였다고 보기는 어렵다. 유사한 사안에 관한 대법원 1996. 8. 23. 선고 96다16650 판결이 공장에 반입된 공작기계에서 중대한 하자가 발견되고 “위 하자가 중대하고 그 보수가 불가능하거나, 보수가 가능하더라도 장기간을 요하여 계약의 본래의 목적을 달성할 수 없다고 보이는 이상 자신의 중도금채무의 이행을 제공하지 않고 바로 계약을 해제할 수 있다.” 라고 판시한 것 또한 마찬가지이다.

### 3. 검토

불안의 항변권의 이론적 근거가 사정변경의 원칙이 아니라 급부의 대가관계와 이에 기초한 위험의 적정의 배분에 있다고 보는 이상, 불안의 항변권의 효과로서 선이행의무자에게 담보요구권 및 계약해제권을 인정할 수 있는지 여부 또한 그와 같은 관점에서 검토되어야 한다. 어떠한 쌍무계약관계가 선후이행관계에 있더라도 선이행의무는 반대급부와 대가관계에 있고, 그렇기 때문에 반대급부의 이행이 현저히 곤란할 사유가 있는 때 그로 인한 위험을 선이행의무자에게 전적으로 부담시키는 것은 불합리하므로 선이행의무자와 상대방 사이에 위험을 적정하게 배분하는 법적 제도로써 불안의 항변권이 인정됨은 제3장 제1절에서 본 바와 같다.

그러나 우리 민법에서 동시이행관계에서의 일방당사자는 상대방의 채무이행이 현저히 곤란할 사유가 있고 실제로도 채무를 이행 또는 이행제공받지 못하고 있는 상황에서도 상대방의 채무가 이행불능 또는 이행거

절의 단계에 이르지 않았다면 일단 자신의 반대급부를 이행 또는 이행제 공함으로써 상대방의 동시이행의 항변권을 소멸시키고 나서야 상대방에 대한 이행을 청구한 다음 이에 응하지 않는 경우 비로소 계약을 해제할 수 있다. 그런데도 불안의 항변권이 발생하였다는 이유로 선이행의무자를 상대방에 대하여 일방적으로 담보를 요구할 수 있고 이에 응하지 않은 경우 계약을 해제함으로써 적극적으로 계약관계에서 이탈할 수 있는 지위에 두는 것은, 곧 본래 상대방으로부터 일방적인 선이행의무의 이행 청구를 받아 이에 응하여야 하는 소극적인 지위에 있던 선이행의무자에게 계약관계의 진전 여부에 관한 적극적인 지위, 그것도 동시이행관계에서의 일방당사자보다도 우월한 지위를 부여하는 것이다. 이는 계약 당시 당사자의 합의로부터 크게 벗어나 선이행의무자에게 지나치게 적은 위험을 부담시키는 것이므로 허용될 수 없다.

이와 같은 관점에서 보면 개정 후의 독일민법 제321조 제2항에서처럼 선이행의무와 상환으로 상대방에게 반대급부 또는 담보제공을 요구할 수 있는 적극적인 권능을 선이행의무자에게 인정하는 것 또한 선이행의무와 상대방의 반대급부 또는 담보제공의무 사이의 동시이행관계를 인정하는 것이 되므로, 입법론은 별론으로 하더라도 명문의 규정이 없이 민법 제 536조 제2항의 규정만으로 이를 인정하는 것은 법률해석의 한계를 일탈한 것으로 역시 허용될 수 없다.

이는 앞서 본 선이행권리자의 이행청구시 상환이행판결의 가능성에 대한 이론구성과 모순되지 않는다. 상환이행판결의 경우, 불안의 항변권이 인정되는 경우 자신의 청구가 전부 기각될 수밖에 없는 선이행권리자가 스스로의 선택에 의하여 반대급부 또는 담보제공과의 상환이행을 재항변하였을 때에만 소송경제 등을 고려하여 내려질 수 있고 상환되는 반대급부 또는 담보제공에 대해서는 기판력이 부여되지 않는 반면, 선이행의무자가 스스로 자신의 선이행의무와 상환으로 반대급부 또는 담보제공을



청구하는 것은, 비록 독일민법 제321조 제2항에서와 같이 반대급부나 담보제공이냐의 선택권을 선이행권리자에게 부여하는 경우라고 하더라도, 그러한 상황 자체를 적극적으로 구할 수 있는 지위를 선이행권리자가 아닌 선이행의무자에게 부여하는 것으로서 선후이행관계에서의 선이행의무자의 계약상 지위에 합당하지 않기 때문이다.

따라서 CISG에 관한 다수 견해의 입장과 같이, 불안의 항변권이 발생하였다는 것만으로 선이행의무자에게 담보요구권 및 계약해제권을 인정할 수는 없다.<sup>172)</sup> 다만 선이행의무자의 요구에도 불구하고 상대방이 이행곤란사유를 제거하지 못하고 있다는 점이 다른 제반 사정과 결합하여 상대방이 이행불능 또는 이행거절의 단계에 이르렀다고 볼 수 있을 때에는 이를 이유로 한 계약해제가 가능할 것이다.

나아가 반대급부의 이행곤란사유로 인하여 선이행의무가 장기간 이행되지 못하고 방치되어 있다는 경우 당사자 사이의 묵시적인 합의해제, 또는 사정변경의 원칙에 의한 계약해제의 가부 또한 검토될 수 있을 것이다. 그러나 이는 불안의 항변권의 효과 그 자체와는 무관하다.

## 제 5 절 통지의무의 발생 여부

### 1. CISG, PICC, PECL 및 DCFR

---

172) 다만 상대방이 적정한 담보를 제공함으로써 불안의 항변권을 소멸시키는 것은 얼마든지 가능하다. 그러나 이는 불안의 항변권의 소멸사유에 관한 문제이지, 선이행의무자에게 부여되는 불안의 항변권의 효과로서의 담보요구권의 문제가 아니다.

PICC 제7.3.4조는 이행을 유보한 당사자의 상대방에 대한 통지에 관하여는 정하고 있지 않다. PECL 제8:105조 또한 제2항에서 담보요구에 응하지 않은 상대방에 대한 계약해제의 요건으로서 지체 없이 해제의 통지를 할 것을 요구하고 있을 뿐 이행유보 자체의 통지에 관하여는 정함이 없다.

반면 CISG 제71조 제3항은 “이행을 정지한 당사자는 물품의 발송 전 후에 관계없이 즉시 상대방에게 그 정지를 통지하여야” 한다고 규정함으로써, 이행정지권을 취득한 당사자에게 통지의무를 명시적으로 부과하고 있다. 이러한 통지의무는 정보제공의무 내지 배려의무의 일종으로서, 상대방에게 담보제공 등의 대응책을 강구할 기회를 보장하고 이를 통하여 손해를 방지하거나 경감시킬 수 있도록 하는 것을 목적으로 한다.<sup>173)</sup>

이러한 통지의무를 이행하지 않은 경우의 효과에 관해서는 견해가 대립한다. 상대방에 대한 통지를 이행정지권 자체의 요건으로 보아 상대방에게 즉시 통지하지 않으면 이행정지권이 효력을 발생할 수 없다는 견해<sup>174)</sup>와, 통지를 하지 않는다고 하더라도 이행정지권 자체의 효력을 배제할 수는 없으며 다만 통지가 지연됨으로써 상대방에게 발생한 손해의 배상책임을 부담할 뿐이라는 견해<sup>175)</sup>가 있다.

나아가 DCFR III.-3:401 제3항은 “이행을 보류한 채권자는 합리적으로 가능한 신속히 채무자에게 그 사실을 통지할 의무가 있으며 이 의무를 위반하여 채무자에게 야기된 여하한 손실에 대하여도 책임이 있다.”라고 규정함으로써, 통지의무와 함께 통지의무를 해태한 경우의 손해배상책임 또한 명시하고 있다.

---

173) Honnold, 167, Para. 57. Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 71, Para. 39 또한 같은 취지이다.

174) Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 71, Para. 39

175) Schlechtriem/Schwenzer, Art. 71, Para. 37

## 2. 검토

민법 제536조 제2항은 CISG, DCFR과 달리 통지의무에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않다.

불안의 항변권이 이행지체저지효 등의 효력을 발휘하기 위해서는 선이행의무자가 구체적으로 항변권을 행사하여야 한다는 견해를 따른다면 통지의무에 관하여 별도로 논의할 필요가 없을 것이다. 이와 달리 본장 제3절 2. 가.항에서 살핀 바와 같이 불안의 항변권의 존재 자체로 이행지체저지효 등의 효과가 발생한다고 보더라도, 오히려 그와 같은 효과로 인해 상대방이 알지 못하는 사이에 손해가 지나치게 확대되는 것을 방지하기 위해 선이행의무자에게 통지의무를 부과할 필요성이 있다고 볼 수도 있다.

그러나 민법 제536조 제2항은 선이행의무자에게만 불안의 항변권을 부여하고 있으므로, 선이행의무가 이행되지 않고 있는 상황에서 상대방이 반대급부를 먼저 이행하거나 이행제공할 위험성은 거의 없다. 오히려 상대방은 선이행의무가 이행되지 않고 있음을 인식하고 선이행의무자에게 그 이유를 문의하는 등으로 선이행의무자가 불안의 항변권을 행사하고 있다는 사실을 용이하게 알 수 있으므로, 선이행의무자에게 통지의무를 부과할 필요성 또한 적다.

따라서 민법 제536조 제2항의 해석을 통하여 불안의 항변권을 가진 선이행의무자에게 통지의무가 발생한다고 볼 수는 없을 것이다.

## 제 6 장

### 불안의 항변권의 소멸

#### 제 1 절 의의

불안의 항변권의 요건이 충족되어 효과가 발생하더라도 그 본질은 이행곤란사유가 존재하는 동안 선이행의무자에게 일시적인 이행거절권능을 비롯한 방어수단을 부여하는 데에 있고, 불안의 항변권의 발생 자체로 계약관계가 진전되거나 해소되지는 않는다. 민법 제536조 제2항의 해석으로써 담보요구권 및 계약해제권을 인정하기 곤란하다는 점에 비추어 보면 더욱 그러하다.

따라서 불안의 항변권은 ① 선이행의무자가 임의로 자신의 의무를 이행하거나, ② 당사자의 새로운 합의 또는 이행곤란사유의 소멸로써 계약관계가 진전되거나, ③ 이행곤란사유가 더욱 악화되어 이행불능 또는 이행거절에 이르거나 사정변경이 발생하는 등의 원인으로 계약관계가 해소됨으로써 소멸하는 과정을 겪게 된다. 본장에서는 그러한 불안의 항변권의 소멸사유에 관하여 살펴보기로 한다.

또한 아래에서 보는 바와 같이 선이행의무자에게 불안의 항변권이 발생한 상태에서 상대방이 자력이 보다 악화되는 등의 이유로 파산을 선고 받는 경우에도 불안의 항변권은 소멸할 수 있다. 이에 관해서도 본장에서 함께 본다.

## 제 2 절 선이행의무자의 이행

제5장 제2절에서 본 바와 같이 이행거절권능으로서의 불안의 항변권은 동시이행의 항변권과 마찬가지로 이행청구를 받았을 때 선이행의무자가 그 이행을 거절할 수 있는 권능을 부여할 뿐이다. 따라서 선이행의무자가 일단 자신의 의무를 이행하면 불안의 항변권은 그 의미를 잃고 소멸한다.

선이행의무자가 이행곤란사유의 존재를 알면서도 자신의 의무를 이행한 경우 이는 그 이행곤란사유로 인한 위험을 수인함으로써 불안의 항변권을 묵시적으로 포기한 것으로 볼 수도 있다. 그러나 선이행의무자가 이행곤란사유를 인식하였는지 여부를 불문하고 선이행의무가 이행되면 그 자체로 불안의 항변권은 소멸하므로, 이는 불안의 항변권의 포기와는 별개의 독립적인 소멸원인으로 보는 것이 타당하다.

## 제 3 절 계약관계의 진전에 의한 소멸

### 1. 당사자의 합의

불안의 항변권이 발생한 이후 당사자가 계약내용을 수정·변경하는 등의 과정을 거쳐 계약관계를 진전시키기로 합의하는 경우 자연히 그 약정

내용에 따라 불안의 항변권은 소멸한다. 이는 계약자유 원칙에 의하여 당연히 인정되는 소멸사유라고 할 수 있다.

## 2. 이행곤란사유의 제거

### 가. 반대급부의 이행 또는 이행제공

상대방이 반대급부를 이행하거나 그 이행을 제공한다면 이행곤란사유가 더 이상 존재하지 않게 되어 불안의 항변권은 소멸한다. 독일민법 제321조 제1항 후문은 반대급부가 실현되는 경우 불안의 항변권이 소멸함을 명문으로 규정하고 있다.

우리 민법에서의 불안의 항변권은 선후이행관계에서 인정되는 것이므로, 선이행권리자가 스스로 반대급부를 이행하거나 이행제공하는 것은 계약이 자신에게 부여한 강력한 담보인 기한의 이익을 포기하는 것이다. 따라서 계약내용의 수정·변경을 비롯한 당사자의 새로운 합의 없이 선이행권리자가 일방적으로 반대급부를 이행 또는 이행제공하는 것은 쉽게 상정할 수 없는 상황이기는 하나, 개별적인 계약관계에서 당사자의 경제적 지위 등 제반 사정에 따라서는 그 가능성을 배제할 수 없다.

### 나. 담보의 제공

불안의 항변권은 상대방의 반대급부가 이행불능 또는 이행거절에 이르지는 않더라도 그 이행이 곤란할 현저한 사유, 즉 이행곤란사유가 존재하면 발생하므로, 반대급부 자체를 이행하지 않더라도 이행곤란사유를 제거하기만 하면 불안의 항변권은 소멸한다. 통상 이행곤란사유를 제거

하기 위하여 선이행권리자가 제공하는 제반 수단을 ‘담보’라 한다.<sup>176)</sup>

불안의 항변권의 소멸사유로서의 ‘담보’는 이행곤란사유를 제거할 수 있는 것을 총칭하는 것이므로, 저당권 등의 담보물권, 양도담보를 비롯한 비전형담보, 보증을 비롯한 인적 담보 등에 국한되지 않는다. 구체적으로는 다음과 같다.

① 반대급부가 금전채무인 경우, 물적·인적 담보의 제공, 철회가 불가능한 신용장의 개설, 공탁 등과 같은 수단으로써 장래 금전의 지급이 곤란하지 않을 것임을 상당 정도 보증함으로써 이행곤란사유를 소멸시킬 수 있다.<sup>177)</sup>

② 반대급부가 금전채무 외의 채무인 경우 이행곤란사유 또한 매우 다양한 형태로 존재하므로, 담보 또한 이를 소멸시킬 수 있는 것이면 어떤 것이든 가능하다.

㉠ 예를 들어 제작물 공급계약에서 희소한 원자재의 공급처가 파산함으로써 목적물의 제작에 어려움이 발생한 경우에는 새로운 공급처를 확보하는 것, 공장의 화재 또는 파업으로 생산의 차질이 발생한 경우 새로운 제조시설을 확보하거나, 동일한 물품을 공급받을 수 있는 공급처를 확보하는 것 등이 불안의 항변권을 소멸시킬 수 있는 유효한 담보의 제공이 된다.<sup>178)</sup>

㉡ 금전채무 외의 반대급부에 발생한 이행곤란사유 자체를 제거하는 것이 아니라, 그것이 불이행될 경우의 손해배상채무에 대한 담보를 제공함으로써 불안의 항변권을 제거할 수 있는지의 문제가 있다.

앞서 이행곤란사유의 구체적인 유형에 관하여 언급한 대법원

---

176) 독일민법 제321조 제1항에서 언급되는 ‘담보’ (‘Sicherheit’)와 CISG 제 71조 제3항, PICC 제7.3.4조, PECL 제8:105조 제1항 및 제2항, DCFR III.-3:401 제3항에서 언급되는 ‘보장’ (assurance)은 그 의미에 실질적인 차이가 없는 것으로 판단된다.

177) 松井, 588면

178) 松井, 588-589면

1997. 7. 25. 선고 97다5541 판결에서는 변제자력의 위험이 없는 公社가 매도인인 경우에도 매매목적토지에 대한 행정상 제약으로 인하여 불안의 항변권이 존속하고 있음을 인정하였으므로, 단순히 변제자력 있음을 확실히 하는 것만으로는 금전채무 외의 반대급부에 대한 이행곤란사유를 제거할 수 없다는 것이 판례의 입장임을 알 수 있다. 불안의 항변권이 선이행의무와 반대급부의 대가관계를 근거로 발생하는 것인 이상, 원칙적으로 반대급부 자체의 이행곤란사유를 제거할 수 있는 수단만이 불안의 항변권을 소멸시킬 수 있는 담보가 될 수 있다고 보아야 한다.

## 제 4 절 계약관계의 해소에 의한 소멸

불안의 항변권이 발생한 이후 이행곤란사유가 소멸하지 않고 오히려 더욱 악화되어 상대방의 이행불능<sup>179)</sup>이 있다고 볼 수 있는 단계에 이르면 선이행의무자는 계약해제 또는 위험부담에 의하여 선이행의무를 면하게 된다. 이러한 경우 불안의 항변권은 더 이상 의미를 갖지 못하고 소멸한다.

그밖에도 쌍무계약관계가 불안의 항변권이 발생한 상태로 장기간 방치되는 경우 당사자 사이의 명시적 또는 묵시적인 합의해제, 또는 사정변경에 의하여 계약관계가 해제될 수 있다. 이 경우에도 불안의 항변권은 소멸한다.

---

179) 상대방의 이행거절의 경우 선이행의무자로서는 계약해제 이외에도 계약을 유지·관철하는 방안을 선택할 수 있고 그러한 경우 이행거절권능으로서의 불안의 항변권이 계속하여 의미를 가지므로, 이행거절 자체만으로는 불안의 항변권이 소멸한다고 보기 어렵다.



## 제 5 절 상대방의 파산

앞서 본 바와 같이 선이행의무자가 스스로 자신의 의무를 이행하거나 상대방이 반대급부를 이행하는 경우 모두 불안의 항변권은 소멸한다. 따라서 불안의 항변권이 존속하고 있다는 것은 쌍무계약의 선이행의무와 반대급부 모두 이행되지 않고 있다는 것을 의미하며, 따라서 그러한 쌍무계약은 채무자회생법 제335조 제1항에서 정하는 ‘쌍무계약에 관하여 채무자 및 그 상대방이 모두 파산선고 당시 아직 이행을 완료하지 아니한 때’, 즉 미이행 쌍무계약에 해당한다.

이러한 미이행 쌍무계약관계에 있는 선이행의무자의 상대방이 파산선고를 받았다면 파산관재인은 채무자회생법 제335조 제1항에 따라 계약의 해제 또는 해지를 선택할 수 있다. 이 경우 본장 제4절에서와 마찬가지로 불안의 항변권은 소멸한다.

반면 파산관재인은 계약의 해제 또는 해지 이외에도 계약의 이행을 선택할 수 있다(채무자회생법 제335조 제1항). 이 경우 상대방, 즉 선이행의무자의 채권은 파산채권이 아닌 재단채권이 되나(채무자회생법 제473조 제7호), 또한 파산채권과 마찬가지로 파산선고시에 변제기에 이른 것으로 간주되므로(채무자회생법 제478조 제1항, 제425조), 선이행의무와 반대급부는 이제 동시이행관계에 있게 되어 선후이행관계를 전제로 하는 불안의 항변권은 소멸한다.

## 제 7 장

## 결 론

이상과 같이 우리 민법에서의 불안의 항변권의 의의와 기능, 이론적 근거와 법적 성질, 요건, 효과 및 소멸 등의 제반 법리를 살펴보았다.

우리 민법이 불안의 항변권에 관하여 추상적인 규정만을 둔 결과 학설과 판례가 제도를 구성하고 운용함에 있어서 준거를 찾는 데에 어려움이 있었고, 그 결과 여러 방향으로 해석의 틀을 모색하여 온 것은 본 논문에서 살핀 바와 같다. 그러나 불안의 항변권의 이론적 근거를 쌍무계약에서의 급부의 대가관계와 이에 기초한 위험의 적정한 배분으로 명확히 규정하고 이에 기초한 일관된 관점하에 제도의 틀을 구성한다면, 민법 제536조 제2항의 개방적인 규정체계는 오히려 불안의 항변권이 거래계에서 발생하는 수많은 이행곤란사유를 빠짐없이 포섭할 수 있도록 하고 그 결과 실질적으로 기능하는 법제도로서 자리잡게 하는 적극적인 해석·적용의 원동력이 될 수 있을 것이다.

과거에 비하여 우리나라의 경제가 크게 성장하고 개별 거래의 규모 또한 확대일로에 있는 현실상, 각 당사자의 급부가 일회적으로 이행됨으로써 종결되는 계약관계보다 복수의 급부가 상호 중첩·반복되는 계약관계가 거래계에서 더욱 큰 중요성을 차지하게 되었음은 주지의 사실이다. 그러한 계약관계에서 필연적으로 발생하는 선이행의무자의 반대급부위험을 상대방과 적정히 배분하는 법제도로서의 불안의 항변권은 동시이행의 항변권에 못지않은 중요성을 갖는다.

우리 민법이 제정, 시행된 이후 60년에 가까운 시간이 경과하였다. 그러나 그 근본을 이루는 개념과 정신을 끊임없이 탐구하고 그것이 구체적

인 분쟁에 적용될 수 있는 제도의 틀을 적극적으로 구성해 나감으로써, 민법은 우리 사회의 변화와 발전에 발맞추어 사회구성원에게 개별 분쟁에서의 가장 합리적인 해결책과 보편타당한 생활의 준거를 제시해 줄 수 있는 영속적인 생명력을 갖게 될 것이다.

본 논문이 불안의 항변권이 보다 적극적으로 활용되도록 하고 그 결과 민법의 생명력을 유지하는 데에 조금이나마 도움이 되기를 기대하여 본다.

## 참 고 문 헌

### 1. 국내문헌

#### 가. 단행본

- 곽윤직, 채권각론, 박영사, 2003
- 김형배, 채권각론, 박영사, 2001
- 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 민법안심의록 상권, 1957
- 법무부, 미국통일상법전(법무자료 제31집), 1957
- 법제처, 스위스채무법(법제자료 제79집), 1976
- 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 법인파산실무, 박영사, 2014
- 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010
- 양창수, 독일민법전(신판), 박영사, 2001
- \_\_\_\_\_, 독일민법전(2015년판), 박영사, 2015
- \_\_\_\_\_, 민법연구 제1권, 박영사, 1991
- \_\_\_\_\_, 민법연구 제4권, 박영사, 1997
- 오원석 외 공역, 국제상사계약원칙 2004, 법문사, 2006
- 이은영, 채권각론, 박영사, 2005
- 정조근, 사정변경의 비교법적 연구, 제일문화사, 1982
- 최홍섭, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약해설, 법무부, 2005
- 존. 오. 혼놀드 저, 오원석 역, UN통일매매법, 삼영사, 2004
- 페터 슈레히트럼 저, 김민중 역, 유엔통일매매법, 두성사, 1995
- Christian von Bar 외 편저, 안태용 역, 유럽 민사법의 공통 기준안: 총칙·계약편(DCFR 제1권~제4권), 법무부, 2012

## 나. 주석서

민법주해[XIII](곽윤직 편집대표), 박영사, 1997

민법주해[XIV](편집대표 곽윤직), 박영사, 1997

주석 채권각칙(I)(김증한 편집대표), 한국사법행정학회, 1985

## 다. 논문

곽종훈, “선이행의무에 대한 이행거절권능과 이행지체책임”, 대법원판례해설 1997년 하반기(통권 제29호), 법원도서관, 1997

김계순, “쌍무계약에 있어서의 불안의 항변권”, 민사법학 제34호, 한국민사법학회, 2006

김동훈, “불안의 항변권의 의의”, 민사법학 제17호, 한국사법행정학회, 1999

\_\_\_\_\_, “불안의 항변권”, 법학논총 제11집, 국민대학교 법학연구소, 1999

\_\_\_\_\_, “불안의 항변권과 매수인의 대금지급거절권의 비교”, 법학논총 제20집 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2007

\_\_\_\_\_, “민법 제536조 제2항(불안의 항변권)의 개정론”, 법학논총 제25집 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2012

남효순, “이행거절권능의 법률관계”, 서울대학교 법학 제42권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2001

\_\_\_\_\_, “담보책임의 본질론(II)”, 서울대학교 법학 제35권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 1994

박진근, “계속적 채권과 불안의 항변권”, 한양법학 제17호, 한양법학

회, 2005

양창수, “「유럽계약법원칙」에 대한 일고 및 그 번역”, 서울대학교  
법학 제40권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1999

윤진수, “부당이득법의 경제적 분석”, 서울대학교 법학 제55권 제3호,  
서울대학교 법학연구소, 2014

임건면, “쌍무계약에 있어서의 동시이행의 항변권과 불안의 항변권”,  
비교사법 제4권 제1호, 한국비교사법학회, 1997

제철웅, “민법 제536조의 동시이행의 항변권에 관한 몇 가지 문제”,  
인권과 정의 제241호, 대한변호사협회, 1996

정종휴, “불안의 항변권의 현대적 전개”, 법학논총 제24집 제3호, 한양  
대학교, 2007

## 2. 동양문헌

### 가. 단행본

内田貴, 民法Ⅲ[債權總論·担保物權], 東京大学出版会, 2005

大村敦志, 債權各論, 有斐閣, 2008

潮見佳男, 債權總論 I, 信山社, 2003

山本敬三, 民法講義Ⅳ-1[契約], 有斐閣, 2005

我妻榮, 債權各論, 岩波書店, 1954

### 나. 주석서

澤井裕·清水元, 新版 註釋民法(13)(谷口知平等 編集), 有斐閣, 1996

## 다. 논문

- 內田勝一, “繼續的取引關係と不安の抗辯權”, *ジュリスト* 812号, 1984
- 神崎克郎, “信用売買における不安の抗辯權”, *神戸法學雜誌* 第16卷 第1号, 第2号, 神戸法學會, 1966
- 清水元, “不安の抗辯權”, *現代契約法大系* 第2卷(遠藤浩, 林良平, 水本浩監修), 有斐閣, 1984
- 須永知彦, “履行期前における反對給付請求權の危殆化(一)(二·完)”, *民商法雜誌* 第111卷 第3号(1994), 第4号(1995)
- 中田裕康, “繼續的賣買の買主に信用不安があるとき、買主は出荷を拒絶できるか”, *判例時報* 396号 15頁, 1992
- 松井和彦, “「契約危殆」状態における履行確保(一)(二·完)”, *修道法學* 第20卷 第1号, 第2号, 広島修道大學法學會, 1998
- 柚木馨, “所謂「不安の抗辯權」(Einrede der Unsicherheit)”, *民商法雜誌* 第5卷 第3号, 1937

## 3. 서양문헌

### 가. 단행본

- Deutscher Bundestag Drucksache 14/6040, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, 2001
- Honnold, *Documentary history of the uniform law for international sales*, Denventer, Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989

Gernhuber, Das Schuldverhältniss, Tuebingen: Mohr, 1989

Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. 1, 14. Aufl, München: Beck, 1987

Medicus/Lorenz, Schuldrecht, München: Beck, 2010

Quinn, Uniform Commercial Code Commentary and Law Digest, Boston:  
Warren, Gorham & Lamont, 1979

White/Summers, Uniform Commercial Code, Fifth Edition, St. Paul: West  
Group, 2010

## 나. 주석서

Honsell/Vogt/Wiegand, Obligationenrecht, 5. Aufl, Basel: Helbing&Lichtenhahn,  
2015

Kröll/Mistelis/Viscasillas, UN Convention on Contracts for International Sale of  
Goods(CISG), München: Beck, 2011

Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, Schuldrecht·Allgemeiner Teil, 6. Aufl,  
München: Beck, 2012

Schlechtriem/Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the  
International Sales of Goods(CISG), Fourth Edition,  
Oxford: Oxford Univ. Press, 2016

Soergel/Gsell, BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 2  
Schuldrecht 2, 13. Aufl, Stuttgart: Kohlhammer, 2005

Staudinger/Otto, Staudingers Kommentar zum BGB, 13. Aufl, Berlin: Sellier de  
Gruyter, 1995

Staudinger/Schwarze, Staudingers Kommentar zum BGB, Berlin: Sellier de  
Gruyter, 2015



## **Abstract**

# **Study of Defence of Uncertainty**

Yang, Seungwoo

School of Law

The Graduate School

Seoul National University

A party who is obliged to perform in advance under a reciprocal contract may refuse to render his performance by Civil Code article 536 (2) if there exists any significant cause by which the other party's performance becomes difficult. This right is generally known as 'defense of uncertainty'(or 'Unsicherheitseinrede' in german). Similar remedies can be found in some domestic legal systems[i.e. German Civil Code(BGB), Swiss Code of Obligation(OR), Uniform Commercial Code(UCC)] and international instruments(i.e. CISG, PICC, PECL, DCFR).

The defence of uncertainty can be said to perform several functions. The main function is to allow a party who is obliged to perform in advance to suspend his performance temporarily and thus offer him a reasonable and convenient means of protecting himself. It also prevents a contract from being revoked and avoids incurring unnecessary transaction costs associated with bringing a formal action.

A traditional majority view is that the defence of uncertainty is based on the principle of 'change of circumstances'. However, considering the fact that

the interdependent relationship between each performance in a reciprocal contract is still maintained even if one party agrees to perform in advance and that the party cannot be said to have admitted the danger of the other party's failure to perform, a theoretical ground for the defense should be found in the interdependent relationship between each performance itself and a fair distribution of danger between each party, not the principle of change of circumstances.

The grounds for giving rise to the defence of uncertainty are (a) a reciprocal contract, (b) a party with an obligation to perform in advance, and (c) a significant cause by which the other party's performance becomes difficult. An obligation to perform in advance can arise from provisions of a statute, a contractual clause or the nature of a contract. A significant cause which makes the other party's performance difficult is not limited to objective ones (i.e. lack of financial ability) and can arise after the conclusion of a contract, but should be substantial.

A party with a defence of uncertainty can possibly to suspend his performance, but cannot demand a restitution of which already performed. And the party is exempted from the responsibility of compensation for damages risen from the delay of performance whether he proposedly executed the defence or not. Some argue that the party should be entitled to demand an adequate assurance and revoke the contract if the other party does not offer the assurance, but such a right cannot be given without an overt clause of Civil Code. A duty to give a notice of suspension also cannot be imposed on.

A defense of uncertainty lapses when an innocent party performs his duty, the contract advances through a new agreement or an extinction of the significant cause, or the contract ceases to exist. The defence also lapses when a party under suspicion goes bankrupt.

keywords : defence of uncertainty, defence of unperformed contract,  
interdependent relationship between each performance, obligation to perform in  
advance, right of suspension

Student Number : 2005-21802